Decis. 69 h-3/5

<366192633100 14

<366192633100 14

Bayer. Staatsbibliothek S

Sammlung

von

Rechtsfällen

und

Entscheidungen derselben.

Herausgegeben

und

mit wissenschaftlichen Excursen versehen

von

Dr. Paul Ludolf Kritz,

Königlich Sächsischem Ober-Appellationsrathe.

Dritter Band.

Leipzig, 1841.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

62. D.

von

Geschichte der Deutschen

und

Entscheidungen derselben.

mit wissenschaftlichen Excursen versehen

von

Dr. Paul Joseph Kitz,
Königlich Sächsischem Hofgerichts-Advocaten.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Leipzig, 1841.
Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Vorrede.

Obschon bei den Aufsätzen unter Nr. II, III, IV u. V des Verfassers Verdienst sich einzig und allein auf die Mittheilung beschränkt, so wird man ihm dennoch nicht den Vorwurf machen können, als habe er auf wohlfeilste Weise seine amtliche Stellung für litterärische Arbeiten ausgebeutet. Der Aufsatz unter Nr. V hat, wie aus den Ueberschriften hervorgeht, eine gemeinschaftliche Beziehung mit dem unter Nr. VI, die es angemessen machte, auch jenen aufzunehmen. Die Gründe weshalb die übrigen obenbemerkten Aufsätze sind mitgetheilt worden, findet man S. 51 und in den Noten S. 62 und 76 angegeben.

Wäre für diejenigen, welche die Vorreden zu dem ersten und zu dem zweiten Bande des vorliegenden Werkes gelesen haben, es nöthig, den jetzt erscheinenden dritten besonders zu bevorworten, so

wüsste der Verfasser dies weder kürzer noch besser zu thun, als indem er sich der Ueberzeugung erklärt: von einer Fortbildung des Rechtes in der Praxis könne keine Rede sein, wenn nicht, soviel nur irgend möglich, die Praxis sich bei jedem Schritte der quellengemässen Theorie klar bewusst ist.

Dresden, am 16. Novbr. 1840.

Inhaltsverzeichniss.

I. Ueber das Thema des Beweises und des Gegenbeweises bei der condictio indebiti. S. 1—50.

§. 1. Einleitende Bemerkungen.

§. 2. Das Beweisthema bei der condictio indebiti aus dem Begriffe derselben entwickelt.

§. 3. Zu l. 1 C. de condict. indebiti.

§. 4. Widerlegung der Ansicht Webers in der Schrift über die natürliche Verbindlichkeit. §. 48. §. 75—77.

§. 5. Zu l. 11. C. de condict. indebiti.

§. 6. Resultat aus den Bemerkungen in den vorhergehenden §§; wie modificirt sich dieses Resultat in Vergleich mit den Fragmenten des Titels de condict. indebiti?

§. 7. 8. u. 9. Fortsetzung.

§. 10. Casuistische Bemerkungen über die Art und Weise der practischen Anwendung der Theorie des Verfassers.

§. 11. Zu l. 10. C. de juris et facti ignorantia.

§. 12. An l. 10. cit. sich anschliessende casuistische Erörterungen.

§. 13. u. 14. Zu l. 25. de probationibus (22. 3.).

§. 15. Recapitulirende Uebersicht der aufgestellten Sätze.

II. Ein Beitrag zu dem Wasserrechte. S. 51 – 52. (Hierzu die Beilagen unter A. S. 52. und B. S. 54.).

III. Das Retentionsrecht, als Mittel ein forum arresti zu begründen. S. 64. u. 65. (Hierzu die Beilagen unter C. S. 65. D. S. 67 u. E. S. 72.).

IV. Ob ein in Schriften verfasstes und in einem versiegelten Pakete gerichtlich übergebenes Testament eines Analphabeten als ungültig zu betrachten sei, so lange nicht von den darinne eingesetzten Erben beigebracht worden, dass der Inhalt desselben mit der wahren Willensmeinung des Testirers übereinstimme? S. 76 — 85.

V. Die in §. 20. des geschärften Mandats wider die Bankerouttiers vom 20. Dec. 1766. enthaltene Vorschrift hinsichtlich der Vindication von Waaren, welche ein Gemeinschuldner vor Ausbruch des Creditwesens erhalten hat, ist extensiv auf jeder Art Effecten, namentlich auch auf Staatspapiere anzuwenden, welche der nachherige Gemeinschuldner von einem anderen, unter vorausgesetzter, jedoch unterbliebener Deckung des Betrages zugestellt erhalten hat. S. 86—87. (Hierzu die Beilage unter F. S. 87.).

VI. Zur Beseitigung eines Misverständnisses, das Haubolds Lehrbuch des K. S. Privatrechtes §. 188. S. 169. und 171. (2te Ausgabe) in Anwendung derjenigen Vorschriften veranlassen kann, welche gegen die Vindication K. S. Staatspapiere gegeben sind. S. 101 — 111.

VII. Ein erster Beitrag zu einem deutschen Rechtstitel de rebus dubiis. S. 112 — 113. (Hierzu die Beilagen unter G[a]. S. 114. G[b]. S. 116. u. H. S. 118.)

VIII. Ueber juristische Auslegung. S. 123 – 204.

§. 1. Einleitende Bemerkungen.

§. 2. Begriff der Auslegung im Allgemeinen.

§. 3. Voraussetzungen, unter denen über den Sinn einer Rede Zweifel entstehen und darum die Auslegung derselben nöthig werden kann.

§. 4. Kann die Gesetzauslegung auch noch von andern Prämissen bedingt sein?

§. 5. Giebt es Regeln für die Auslegung im Allgemeinen?

§. 6. Giebt es für die Gesetzauslegung bestimmte Regeln?

§. 7. Fortsetzung. Würdigung eines Einwandes, gegen die in §. 6. aufgestellte Behauptung.

§. 8. Die sogenannte logische Gesetzauslegung.

§. 9. Beseitigung eines Einwandes; der Ansichten des Verfassers Bedeutung für die Praxis.

§. 10. Anhang. Des Aristoteles cp. 10. des V. Buches der Ethik.

§. 11. Ueber die Auslegung von Verträgen: Allgemeine Bemerkungen.

§. 12. Vorläufige Beseitigung einer unbegründeten Ansicht.

§. 13. Feststellung der Fragen, auf welche die Theorie von Auslegung der Verträge zurückzuführen ist.

§. 14. Ueber den Fall, wo die Fassung des Vertrages keinen Sinn giebt.

§. 15. Ueber den Fall, wo die Worte des Vertrages verschiedene Deutungen zulassen.

§. 16. Wie ist ein Vertrag auszulegen, der ein mehrfaches Verständniss zulässt, ohne dass die streng wörtliche Auslegung zu bestimmen vermag, für welchen Sinn man sich zu entscheiden habe.

§. 17. Zu l. 39. de pactis. (2. 14.)

§. 18. Ueber den Fall, wo ausser der Fassung des Vertrages liegende Momente Zweifel über das Verständniss desselben erregen.

§. 19. Darf der Kläger oder der excipirende Beklagte, welcher behauptet, dass die Worte des Contractes in einem andern, als in dem grammatischen Sinne verstanden worden seien, mit diesem Vorbringen unbedingt Gehör finden?

§. 20. Besondere Erläuterung der in l. 34. de R. J. aufgestellten Regel: Semper in stipulationibus et in contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

§. 21. Anhang; die genanntesten neueren Gesetzgebungen in Hinsicht auf juristische Auslegung.

IX. Zu §. 52. der Presspolizeiverordnung vom 13. October 1836. (Gesetz - und Verordnungsblatt. Stk. 20. Nr. 67. S. 287.) S. 205—212. (Hierzu die Beilage unter I. S. 212.)

X. Beitrag zur Berichtigung der Theorie von der heutigen Anwendung der legis Aquiliae. S. 218—228. (Hierzu die Beilagen unter K. S. 228. L. S. 229. und M. S. 232.).

XI. Zu l. 10. de duobus reis constituendis. (45. 2.) Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. S. 240—255.

§. 1. Darstellung eines Falles, auf welchen das cit. Fragment in zwei Instanzen nicht ist angewendet, hingegen in der dritten ist angewendet worden, und hier eine von den vorhergehenden Entscheidungen gänzlich abweichende motivirt hat.

§. 2. Allgemeine Bemerkungen über die mitgetheilten Entscheidungen.

§. 3. Ergänzung desjenigen, was nach den Bemerkungen in §. 2. l. 10. cit. unbestimmt gelassen hat.

§. 4. Anwendung der l. 10. cit. auf den Fall, welcher die Untersuchung unter XI veranlasst hat.

XII. Ein aus der Praxis entnommener Beitrag zu der Lehre von Sicherstellung der fideicommissarischen Rechte unbekannter Personen und von Edictalladung ausser dem Concurse. S. 256—288.

§. 1. Einleitende Bemerkungen und Angabe der factischen Verhältnisse.

§. 2. Entscheidung des vormaligen K. S. Appell.-Gerichts.

§. 3. Das Factische in Beziehung auf den Erfolg der in dem bemerkten Falle erlassenen Edictalien.

§. 4. Die Gründe für die mitgetheilte Entscheidung.

§. 4b. Uebersicht der in den mitgetheilten Entscheidungen angewendeten, für die Praxis erheblichen Sätze.

§. 5. Ueber die theoretische Zulässigkeit der Curatel, welche im angegebenen Falle dem fideicommittirten Vermögen war bestellt worden.

§. 6. Ueber der Edictalladung Zulässigkeit in eben diesem Falle.

XIII. Zu l. 1. pr. de A. E. V. als Beitrag zur Critik der herkömmlichen Ansichten von dem id quod interest. S. 289—310.

§. 1. Allgemeine Bemerkungen.

§. 2. Die zu beantwortende Frage und deren Stellung in der Theorie zur praestatio ejus quod interest überhaupt.

§. 3. Das Ungenügende der gewöhnlichen Ansicht.

§. 4. Als Basis für die weitere Untersuchung die Worte in l. 2 de evictionibus et duplae stipulatione (21. 2.) si dupla non repromittetur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus erit reus.

§. 5. Beseitigungeu von Einwänden, die man der entwickelten Ansicht entgegenstellen kann.

§. 6. Zusätze.

XIV. Ueber das Wesen eines Actienvereins in juristischer Beziehung und daran sich knüpfende Betrachtungen der damit gegebenen Rechte und Verbindlichkeiten. S. 311—353.

§. 1. Einleitende Bemerkungen.

§. 2. Mittheilung eines Falles und dessen Entscheidung.

§. 3. Uebersicht der Rechtssätze, auf welchen diese Entscheidung beruht.

§. 4. Ist ein Actienverein eine Societät, d. h. eine auf Vertrag beruhende Communio?

§. 5. Vergleich der Société en commandite mit der Actiengesellschaft.

§. 6. Resultat aus der in §. 5. gegebenen Zusammenstellung.

§. 7. u. 8. Critik der in der mitgetheilten Entscheidung aufgestellten Rechtssätze.

§. 9. Beseitigung möglicher, gegen des Verfassers Ansicht gedenkbarer Einwendungen.

§. 10. Zusatz. Ueber die Begebbarkeit der Actien.

§. 11. Zusatz. Nachträgliche Bemerkungen zu der §. 5. ersichtlichen Zusammenstellung der Actiengesellschaft und der société en commandite.

Berichtigungen.

S. 1. Z. 12 l. bewiesen st. bewesien.

S. 6. Z. 20 bis 23 l.: wenn der Bürge demohngeachtet zahlt, wer möchte ihm den Beweis verstatten, unwissentlich habe er indebite gezahlt, wer würde nicht unbedingt dem Beklagten im Voraus glauben, wissentlich habe jener indebite gezahlt? st.: wer möchte u. s. w. bis zu beweisen?

S. 7. Z. 32 l. contractu st. contracta.

S. 18. Z. 13 l. das, nach heutiger Art zu sprechen, in st. das nach heutiger Art zu sprechen in.

S. 24. Z. 32 l. se st. es.

S. 41. Z. 27 l. ächt st. nicht.

S. 130. Z. 7 l. vierte st. dritte.

Berichtigungen.

S. 1. Z. 12 l. bewiesen st. beweisen.

S. 6. Z. 20 bis 23 l.: wenn der Bürge demohngeachtet zahlt, vermöchte ihm den Beweis zu verlangen, unwissentlich habe, er indebite gezahlt, wer nicht widerspricht, wer nicht widerlegt den Vorsatz glauben, weshalb? st.: wer möchte u. s. w. bis zu beweisen?

S. 7. Z. 32 l. contracta st. contracta.

S. 15. Z. 15 l. das, nach bestiger Art zu sprechen, in st. das nach heftiger Art zu sprechen in.

S. 21. Z. 32 l. se st. ea.

S. 41. Z. 27 l. Kohl st. nicht.

S. 150. Z. 7 l. vierte st. dritte.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Ueber das Thema des Beweises und des Gegenbeweises bei der condictio indebiti.

---

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Das K. S. Ob.-A.-Gr. hat im Jahre 1839. Folgendes ausgesprochen:

In allen Fällen, wo eine Frauensperson condictionem indebiti anstellt, muss der Beklagte, obschon er die Zahlung gar nicht leugnet sondern eingeräumt hat, bewesien, dass er debite erhalten habe.

Hierzu hat man sich bewogen gefunden weil „l. 25. §. 1. de probat. zu bestimmt sei, als dass man jenen Satz nicht annehmen sollte," für den bedeutende, wahrscheinlich noch mit andern gefeierten Namen vermehrbare, Autoritäten sich erklären *).

Dabei ist jedoch nicht verkannt, viel mehr ebenfalls ausgesprochen worden, wie jener Satz doch gar bedenklicher Art sei; denn allerdings, nähme die Praxis des täglichen Lebens, auf welche gar häufig gegen das R. R. provocirt wird, nicht ihren selbstständigen Gang

*) M. s. Donellus im comment. jur. civ. ad tit. de prob. cp. 3.
Voetius Comment. ad ff. Lb. 12 tit. 14 § 6.
Berger oec. jur. III. 6. 7. 4.
Lauterbach XII. VI. 24.
Menken system. XII. 6. 8.
Thibaut. §. 23. u 973.
Glück Th. 21 S. 387.
Bucher über das Recht der Forderung. Th. 1. B. 1 S. 370.

und kümmerte sie sich um Donellus und Glück, so müsste eine solche juristische Praxis jeden Händler abschrecken, von einer Frau sich irgend eine Seiden- oder Leinenwaare bezahlen zu lassen. Diese nur allzu nahe liegende Bemerkung veranlasste den Satz einer theoretischen Prüfung zu unterwerfen. Nun pflegt es aber in der Jurisprudenz bei der Erörterung einzelner, in eine umfassendere Theorie einschlagender Fragen, wie bei partiellen Reparaturen von Bauwerken zu gehn, an denen seit längerer Zeit nichts Hauptsächliches ist gethan worden. Indem man den einen bedenklichen Fleck untersucht, um zu wissen, ob und was damit zu thun sei, entdeckt man nicht selten, dass eine sehr umfassende Reparatur nöthig sei. So ist es dem Verfasser ergangen. Indem er mit einer einzigen Gesetzstelle sich beschäftigte und dieselbe ganz isolirt zu behandeln gedachte, indess auch nicht verabsäumte den Titel de condictione indebiti dabei nochmals durchzugehn, nahm er in der speciellen Beziehung, welche die Ueberschrift angiebt, des Seltsamen, schwer unter einander Vereinbaren so vieles wahr, dass er sich bestimmt fand, seine Untersuchung viel weiter auszudehnen. Sollte das gezogene Resultat den Lesern nicht zusagen, obschon es dem Verfasser das einzig mögliche scheint, so dürfte dieser doch wenigstens das Verdienstliche gethan haben, auf die zum Theil unverkennbare Haltlosigkeit der gewöhnlichen Theorie von dem aufmerksam gemacht zu haben, worin man bei der condictio indebiti das Beweisthema setzt.

§. 2.

Das Beweisthema bei der condictio indebiti aus dem Begriffe derselben entwickelt.

Sobald eine Dispositionsfähige Person wirklich den Willen gehabt hat, einer andern sich verbunden zu machen oder aus ihrem Vermögen irgend einen Bestandtheil desselben in das Vermögen einer andern Person zu übertragen, und es ist dieser Wille zur That.

geworden, so bringt und muss es die Regel mit sich bringen, dass die Verbindlichkeit als zu Recht bestehend, die Veräusserung für unwiderruflich angesehen wird, ohne dass derjenige, welcher veräussert oder sich verbunden gemacht hat, die Rechtsbeständigkeit des Geschehenen erst noch von Erörterung der Frage abhängig machen darf, ob denn auch zu dem einen oder dem andern eine Schuldigkeit sei gegeben gewesen *). Eine Veräusserung zu widerrufen, eine Zahlung zurückzufordern blos um deswillen, weil man zu zahlen nicht verbunden gewesen sei, dies kann und darf nur dann zulässig sein, wenn gegen den Empfänger die Zahlung ist prädicirt gewesen als die Tilgung einer Verbindlichkeit, diese jedoch nicht existirt hat. Denn eine Zahlung ohne die erkennbare Bestimmung eine Verbindlichkeit zu tilgen ist Schenkung und alsdann nur unter dieser Bezeichnung gültig. Da hier der Irrthum, so zu sagen, auf der Hand liegt, und da der aus Irrthum entsprungene Wille, als etwas in adjecto Contradictorisches kein Wille ist, so fällt in einem solchen Falle auch die Basis hinweg, auf welcher die Gültigkeit der Zahlung beruht.

Hiermit ist ausgesprochen, dass die causa petendi und das Beweisthema einer auf Zurückgabe dessen, was zu Tilgung einer Nichtschuld gezahlt worden, erhobenen Klage — nach Röm. Terminologie einer condictio indebiti — darinne besteht, dass, um gleich einen concreten Fall zu stellen, an und ausgeführt wird

a) es ist von dem Kläger an den Beklagten gezahlt worden die Summe von 1000 Thlr. —

b) diese 1000 Thlr. — sind gezahlt und von Beklagtem angenommen worden, als die Berichtigung der-

*) Grammatisch genommen ist also die generelle Fassung der Vorschrift des Code N. in Lv. III. T. IV. chp. 1. §. 1376. nicht zu empfehlen. Alle Schenkungen wären ungültig, wenn es buchstäblich wahr sein könnte, dass „celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

jenigen Schuld von 1000 Thlr. — welche Titius bei dem Beklagten contrahirt hatte und Kläger zu berichtigen sich als des Titius Testamenterbe durch Antritt der Erbschaft verbunden fand.

c) Diese Verbindlichkeit hat nicht existirt, denn das Testament ist für ungültig erklärt und Kläger verurtheilt worden die Erbschaft den Intestaterben zu überlassen.

Es stellt aber die Existenz einer Verbindlichkeit sich entweder als formeller oder materieller Art dar; als formeller z. B. bei der Stipulation, dem Wechsel; als materieller, der Kaufpreis für erkaufte Waare. Während also derjenige, welcher eine bezahlte Kaufsumme condicirt, zu beweisen hat, dass kein Kauf, oder doch kein ihn verbindender Kauf existirt habe, hingegen wer eine bezahlte Wechselschuld condicirt, zu beweisen hat, dass von ihm die Wechselverbindlichkeit nicht contrahirt gewesen sei, zu deren Tilgung er gezahlt habe, fragt es sich, ob nicht derjenige, welcher eine wirklich vorhandene formelle Verbindlichkeit getilgt hat, dennoch mit möglichem Erfolge condictionem indebiti alsdann erheben könne, wenn die formelle Verbindlichkeit in der Maasse ist übernommen worden, dass gegen den dadurch berechtigt Werdenden ausgesprochen war, es solle die formelle Verbindlichkeit die Repräsentantin einer gegebenen materiellen sein? Kann z. B., wenn ich 100 Thlr. — condicire, die zu Berichtigung eines in bester Form ausgestellten, unbezweifelt gültigen Wechsels von mir sind gezahlt worden, als Klagegrund und Beweisthema der Satz ausgeführt werden, dass der Betrag der formellen Schuld von 100 Thlr. — die Deckung für eine materiell nicht vorhandene habe sein sollen? Diese Frage lassen wir hier unbeantwortet, weil sie sich am Schlusse der Abhandlung (m. s. §. 14.) befriedigender als hier beantworten lässt.

§. 3.

Zu l. 1. C. de condict. indebiti.

Der Verfasser hält die in dem vorhergegangenen Paragraphen aufgestellten Bemerkungen für solcher Art,

dass er glauben möchte, sich selbst überlassen dürfte keines gebildeten Juristen Betrachtung zu einem andern Resultate gelangen. Auch dünkt ihm, das so im Gewöhnlichen currente Maass von Kenntniss des Röm. Rechtes werde geneigt sein, jenen Bemerkungen die Conformität mit der Jurisprudenz der Quellen zuzugestehn, ausgenommen, natürlich ausgenommen nach unzähligen Autoritäten, die Bemerkung, dass bei der Zahlung einer Nichtschuld der Irrthum als etwas sich völlig von selbst verstehendes angesehen werde. Indem der Verfasser nur die quellengemässe und, wie es das Quellengemässe allemal ist, rationellere Ansicht festzustellen sucht, dass nemlich der error bei der condictio indebiti nicht integrirender Bestandtheil des Klagegrundes und Beweisthema's, nicht einmal, wie sich weiter unten ergeben wird, ein Moment ist, auf dem wesentlich der Gegenbeweis beruhen kann, glaubt er zunächst in dem gedruckten *ἄχθος καμήλων*, hinter dem sich die Gegner verschanzt halten, am besten mit vier Bemerkungen die Bresche zu eröffnen.

1. Der Titel de condictione indebiti enthält gleich im Eingange Fragmente, in denen die repetitio gegeben wird unter Umständen, wo es dem Condicirenden schlechthin unmöglich ist, darauf sich zu berufen, er habe ob ignorantiam, überhaupt er habe gezahlt. M. s. l. 2. §. 1., l. 3—5; *). Fragmente, die keines erläuternden Zusatzes bedürfen.

*) l. 2. §. 1. Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerserit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati fuerint, qui ademtionem continent legatorum solutorum, vel diminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate judicatum esset.

l. 3. Idem est, et si solutis legatis, nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumserat; nam utiles actiones postumo vel filio, qui

2. Die condictio debiti ist eine condictio certi. Nach ganz gleichen Grundsätzen wird aber auch eine condictio incerti in den Fällen gegeben, deren folgende Fragmente gedenken. l. 22. §. 1. Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur. l. 40. §. 1. Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat, et si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit. Wer könnte aber wohl beim Lesen dieser Stellen sich der Ueberzeugung verschliessen, dass es deren Verfassern nicht eingefallen sei, die Frage einzumischen: ob denn ex ignorantia der Kläger sich zu Schaden gehandelt habe?

3. In dem Falle, wo ein Bürge mit dem Gläubiger paciscirt, ne ab eo pecunia petatur, muss er doch wahrhaftig gewusst haben, dass ein solches pactum errichtet ist; wer möchte dem Kläger zumuthen, dies erst noch zu beweisen, wer möchte den Bürgen nöthigen, exceptivisch die in den Umständen schon ganz von selbst vorliegende scientiam zu beweisen? Dennoch kann der Bürge, offenbar also ohne dass bei Klagegrund, Beweis- oder Gegenbeweisthema nur irgend die Frage aufgeworfen wird, ob denn ex errore indebite sei gezahlt worden, das Gezahlte condiciren. l. 32. §. 1. Fidejussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori

hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit; scilicet quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, teneatur; nec periculum hujusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.

l. 4. Idem divus Hadrianus rescripsit, et si aliud testamentum proferatur.

l. 5. Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat. Nam et quum minor vigintiquinque annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

poterit, et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est; nihil autem interest, fidejussor, an heres ejus solverit. Quodsi huic fidejussori reus heres exstiterit, et solverit, nec repetet, et liberabitur.

Eine Anzahl Stellen *) sprechen allerdings ganz unableugbarerweise dafür, dass die wissentlich beschehene Zahlung eines indebiti die Condiction vereitelt. Ohne hier, wo es zunächst nur darauf ankommt, den bisher üblichen Ansichten ihre arglose Sicherheit zu benehmen, zu untersuchen, wie jene Stellen mit l. 32. §. 1. vereinbar sind, belegt doch l. 1. C. cit. mit schlagender Evidenz, dass der Kläger nicht in den Fall kommt, zu beweisen, aus Irrthum habe er indebite gezahlt.

Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati, solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres exstitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes.

Ein Erbe hatte dem Gläubiger seines Vaters mehr bezahlt als die Schuld betrug; über diesen Fall rescribirend hebt Antoninus mit den Worten an: Pecuniae indebitae per errorem solutae esse repetitionem jure condictionis non ambigitur. Was aber folgert er aus dem angegebenen Satze in Bezug auf das dem Kläger zu stellende Beweisthema? Keinesweges es habe Kläger den Irrthum, vielmehr nur soviel habe derselbe zu beweisen, dass die Zahlung auf die väterliche Schuld erfolgt, mehr aber gezahlt worden sei, als diese be-

*) §. 6. I. de O. q. e. c. (III. 27—28.) Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contracta debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis, ut supra diximus, ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse; nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.
l. 1. §. l. l. 7. l. 12. l. 16. pr. l. 19. §. 2.

tragen. M. s. die folgenden Worte: si quid igitur..... repetere potes*).

§. 4.

Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht Webers in der Schrift über die natürliche Verbindlichkeit §. 48. §. 75—77.

Weber sagt:**) „Wenn aus Irrthum eine Nichtschuld bezahlt ist; so kann freilich immer die condictio indebiti angestellt werden. Allein gesetzt, Jemand bezahlt ein indebitum wissentlich, kann alsdann diese wissentlich bezahlte Nichtschuld eben so condictione sine causa zurückgefordert werden, wie sie im Falle irriger Zahlung durch die condictio indebiti (die immer einen error voraussetzt) hätte zurückgefordert werden können? Man hat diese Frage bisher häufig bejahet, aber durchaus unrichtig, theils weil der condictio sine causa hier das: donare voluisti im Wege steht, theils weil es auch sonst eine allgemeine Regel ist: in pari turpitudine melior est conditio possidentis.“

Ohne auseinanderzusetzen, wie hier Weber den Unterschied zwischen solutio sine causa und indebiti unrichtig aufgefasst (m. s. Bd. 1. des vorliegenden Werks §. 294. flgde), wie er ferner am a. O. dem in pari turpitudine etc. eine ganz unpassende Anwendung gegeben hat, bleiben wir bei den Worten stehn, nach denen es heissen soll: donare voluisti, wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat. Wäre dies richtig, so müsste natürlich allemal derjenige, welcher cond. indeb. angestellt hat, den Irrthum beweisen; denn aus-

*) Der Schluss: usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est, interessirt nicht in vorliegender Beziehung.

**) Es wird hier Webers Ansicht so wiederholt, wie dieselbe in gedrängter Kürze Thibaut, in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts Bd. 2. §. 133. u. 134. 2te Ausgabe, zusammenstellt.

serdem wäre man nicht befugt die Möglichkeit wegzuleugnen, dass der Condicirende habe schenken wollen. Nicht eingefallen aber ist es den Römern eine Schenkung anzunehmen, wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat.

Wenn nicht zu den gänzlich unerhörten, doch gewiss zu den allerseltensten und denjenigen Erscheinungen, welche nach l. 4. de L. et S. C. (1. 3.) *) von der juristischen Betrachtung ausfallen, gehört es, dass ein Schenkgeber die Liberalität, durch welche er einem Andern das Anerkenntniss ihm verpflichtet zu sein beweisen oder dem Andern eine Verpflichtung auferlegen will, auf eine, seiner Absicht so gar nicht entsprechende, Weise verkleiden und zu dem Ende fingiren sollte, er gäbe mir nur weil er glaube geben zu müssen. So etwas ist nur denkbar, wenn der Schenkgeber aus allerhöchster Delicatesse den Beschenkten der Pflicht des Dankes überheben will. **).

Indess angenommen, in der angegebenen Hinsicht wäre bei den Römern ein andres ländlich sittlich gewesen, demungeachtet würde nie der Satz: donare voluit qui sciens indebitum solvit, eine practische Geltung gefunden haben. Denn sobald beide Theile darüber einverstanden sind — ausdrücklich oder stillschweigend — in Form berichtigter Schuld solle geschenkt sein, so wird nicht angenommen, dass geschenkt sei, sondern es ist geschenkt. M. s. l. 6. pro donato (41. 6.)

*) Ex his, quae forte uno alioquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.

**) Alle aus dem eignen Leben oder historisch aus dem Leben Andrer geschöpften Erfahrungen haben dem Verfasser nur ein einziges Beispiel dieser Art bekannt werden lassen. Die Persönlichkeit derjenigen, welche das Beispiel gegeben, garantirt dass es sich nicht eben leicht wiederholt. Memoiren über Napoleon (es werden die von Bourrienne sein) berichten: Als Napoleon eines Tages vernommen, Carnot sei um eine gewisse Summe Geldes verlegen, habe er zu dem Finanzminister gesagt: schenken können wir Carnot kein Geld; entdecken Sie einen Grund, aus dem wir ihm so und so viel tausend Francs schuldig sind.

Donationis causa facta venditione, non pro emtore, sed pro donato res tradita usucapitur. Liegt hingegen nur soviel vor, dass indebite gezahlt worden, so kann der Beschenkte blos meinen, dass ihm solle geschenkt sein. Allein nicht die Meinung des Empfängers, sondern des Gebers bestimmte Erklärung, er schenke, macht die Gabe zum Geschenk. l. 1. pr. eod. Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est, nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.

In dem ganzen Titel pro donato findet sich nicht die leiseste Spur, dass solutio indebita a sciente facta, eine Schenkung sei. Stellen, wie l. 82. de R. J. (50. 17.) (Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur), beweisen schlechterdings nicht gegen den Verfasser. Wenn A. sein Haus dem B. in Lehn reichen lässt, ohne dass irgend ein hierzu verbindendes factum vorhergegangen, ohne dass A. irgend ein Motiv zu diesem Verfahren ausspricht, so muss B. das Haus behalten, obgleich A. den animum donandi nicht erklärt hat. Denn A. kann nicht cond. indeb. anstellen, weil er eben nicht gesagt hat, welche Verbindlichkeit zu tilgen er das Haus an B. veräussere. A. kann also nur vindiciren und der Vindication steht die von ihm selbst vollzogene Veräusserung exceptivisch entgegen. Wenn hingegen A. gesagt hat: dir, dem B., überlasse ich ein Haus, weil meines Erblassers Testament mich dazu verbindet, so wird B. selbst, sobald sich ausweist, dass das Testament keine solche Verordnung enthält, nicht anders meinen können, als A. habe sich geirrt. Alle Welt wird dieser Meinung beistimmen, höchstens mit Ausnahme des Sachwalters Beklagtens und des zu Gericht sitzenden Juristen. Hiernächst erwäge man aber, dass jene regula juris die Wiederholung von l. 29. pr. de donat. (39. 5.) ist, wo dem donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur sich in §. 1. folgende Worte anschliessen: Quidam in jure interrogatus nihil sibi debere tutoris heredes respondit. Eum actionem jure amisisse respondi; licet enim non transactionis, sed donationis haec verba esse quis

accipiat, attamen eum, qui in jure confessus sit, suam confessionem infirmare non posse.

In dieser Verbindung sagt pr. l. c. Folgendes: Als geschenkt gilt, was Jemandem aus blossem guten Willen überlassen wird. Gesetzt nun, ein gewesener Unmündiger erklärt in dem judicio de tutelae rationibus distrahendis und darüber in jure interrogatus: „mein Vormund und dessen Erbe ist mir nichts schuldig," so hat der gewesene Unmündige, obschon man keinen Transact sondern donationis verba in jenen Worten erblicken könnte, die als blosse verba donationis *) unverbindlich wären, die Klage dennoch verloren; denn er hat in jure interrogatus negativ geantwortet, und darum als Wirkung davon den Verlust der Klage zu tragen, ohne dass danach gefragt wird, ob er animo donandi oder transigendi dies gethan habe. Ein im Wesentlichen ganz gleiches Verhältniss bildet heutigen Tages die Liquidirung der Forderung bei einer Concursmasse; wer sich hier an vollständiger Liquidation versäumt, wird präcludirt, ohne dass man danach fragt, warum er sich versäumt habe, ob etwa animo donandi oder transigendi.

Eben so untauglich, daraus eine Widerlegung des Verfassers herzuleiten, ist l. 53. de R. J. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.

Die Worte per errorem dati repetitio sind synonym mit „Zurückforderung des sine causa gegebenen," indem sine causa präsumtiv nur der Irrende giebt, und somit giebt die Stelle folgenden Sinn: Das sine causa Gegebene fordere ich zurück, habe ich es aber consulto

*) Nach Pandectenrechte giebt es kein pactum donationis. Wenn ich aber ohne dazu vorhandene materielle Verbindlichkeit Jemandem mittelst Stipulation etwas zu geben zusagte, so war ich, wenn auch nicht den Worten nach aus der Schenkung, doch der Sache nach und um der blos formellen Verbindlichkeit willen, zu dem Nämlichen gehalten, wozu nach späterem Rechte das pactum donationis verbindet.

animo sine causa gegeben, so habe ich geschenkt. Wie und auf welche Weise liesse sich den Worten der Stelle der Sinn entlocken: wenn ich absichtlich eine Zahlung als Berichtigung einer Schuld bezeichne, so habe ich geschenkt?

§. 5.

Zu l. 11. C. de condict. indebiti.

Die citirte Stelle, eine Decision des Justinian, scheint geeignet einen festen Punkt zu gewinnen, von dem aus ein positives Resultat erreichbar wird. Allein es steht diese Decision im engsten rechtshistorischen Zusammenhange mit l. 2. §. 1. und l. 50. ff. eod. Zunächst also das Nöthige zur Erklärung dieser Fragmente.

Wenige sind bei dem ersten Anblick so befremdenden Inhaltes als l. 2. pr. Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos.

Jemand bezahlt eine Schuld und behält sich vor, die Zahlung zurückfordern zu dürfen, wenn sich die Schuld als nicht existirend erweisen sollte; in Folge dieses Vorbehaltes: und quia negotium inter creditorem et debitorem contractum est, kann er eintretenden Falles condiciren. Warum erfordert aber Ulpian, der Verfasser des Fragmentes, zur Repetitio ein besonderes negotium, wenn, wie die Institutionen lehren, es ohne weiteres die Stelle eines negotii, eines Contractes vertritt, dass indebite gezahlt und empfangen worden ist? Auch diejenigen, welche bei der condict. indebiti den Irrthum zu einem Theile des Klagegrundes und Beweisthema's machen, müssen die Stelle unbegreiflich finden, denn da zur Zeit der Zahlung „Falcidia nondum emerserat“ so würde der Condicirende nicht nur das indebitum, sondern auch ejus ob ignorantiam factam solutionem haben beweisen können.

Ein Verhältniss, welches den Ulpian bestimmen konnte, zu sagen, was das Fragment sagt, zeigt sich

nur dann, wenn man annimmt, er sei der Meinung gewesen, dass derjenige, welcher bezahlt, obschon er sich die Möglichkeit denkt, die Zahlung könne sich späterhin als eine nicht schuldige erweisen, und dies gegen den Empfänger ausspricht, transigendi animo *) gezahlt habe. Sehr glaublich ist diese Annahme, denn keine andre macht es gleich erklärlich und einleuchtend, wie Ulpian jene Bemerkung aussprechen konnte.

Sobald bei einer Zahlung die Absicht, dass jedenfalls nichts von mir solle gefordert werden können, wie es auch mit der Verität der Forderung stehe, nicht von der Absicht überwogen wird, die mögliche Schuld zu tilgen, d. h. sobald ich nicht transigendi animo die Schuld bezahlen will, die mir nicht liquid scheint, so werde ich lieber gar nicht zahlen und warten bis der Gläubiger die Forderung bewiesen hat. Da nun aber, was transigendo gegeben worden ist, nicht zurückgefordert werden darf, wie es auch immer um die Verität der getilgten Forderung stehe, so leuchtet ein, wie eine indebite zugleich aber unter den angegebenen, den animum transigendi darlegenden Umständen, geleistete Zahlung nur ausnahmsweise und unter der besondern Voraussetzung zurückgefordert werden darf, dass ein besondrer Vorbehalt den ausserdem factisch sich darlegenden Transact ausschliesst. Das Fragment des Pomponius in l. 50. Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest, ist ebenfalls ein solches, wo das pragmatische Verständniss unmöglich scheinen kann. Wer möchte wohl ein indebitum bezahlen, um sich das allersterilste Vergnügen einer condictionis indebiti zu verschaffen? und wenn — nach der gewöhnlichen Meinung — scientia indebite solventis ihm die Condiction benimmt, wie kann sie ihm besonders durch die Absicht benommen werden späterhin zu condiciren? Man muss dem seltsa-

*) l. 65. §. 1. Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite discedítur, causa videtur esse.

men Ausspruche einen besonderen Fall subconstruiren, welcher jene in der Allgemeinheit unerklärliche Bemerkung beziehungsweise erklärlich macht.

Gesetzt A. fordert von B. 100 Thlr., die ersterem der Erblasser des B. schuldig geworden sei. Ueberzeugt dass die Schuld bezahlt sei, verweigert B. die Zahlung, zahlt aber auf wiederholtes Anverlangen in der Hoffnung, er werde am Ende doch noch die Quittung auffinden und dann condict. indebiti ausstellen können. Das soll nicht verstattet sein. Er hätte sich, als er zahlte, ausbedingen müssen, si apparuisset esse indebitum, das Gezahlte zurückfordern zu dürfen. Das hat er nicht gethan und somit steht ihm der in den Umständen wahrnehmbare animus transigendi *), die Absicht entgegen, lieber zu zahlen, was er überzeugt war, nicht schuldig zu sein, als sich dem gerichtlichen Anspruche auszusetzen. Diesen Fall angenommen — man kann ihm unzählige homogene substituiren — wird das Fragment begreiflich und quadrirt mit l. 2. §. 1. cit.

Somit sind wir berechtiget, als einen von der römischen Praxis anerkannten, folgenden Grundsatz gelten zu lassen: Vergleichsweise ist gezahlt worden und es fällt die condictio indebiti hinweg, wenn ich dem Beklagten bei der Zahlung erklärt habe, entweder ich sei nicht unbedingt von der Verität der Forderung überzeugt, oder ich sei überzeugt von deren Nichtexistenz. Unerlasslich ist es, dass verbis oder factis diese Erklärung erfolgt sei; denn die Natur der Sache bringt es mit sich, dass die schwankende Ueberzeugung von der Existenz der Schuld, wenn sie nicht ausgesprochen worden ist, ebenso wenig wie jedes andere, was rein subjectiv geblieben und gar nicht in Verhältniss zu dem angeblich obligat Gewordenen ersichtlich geworden, auch nicht in

*) Vorausgesetzt (l. 65. §. 1. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur) dass dem Empfänger nicht die offenbare Schlechtigkeit zur Last fällt, im Bewusstsein die Schuld sei bezahlt, des B., welcher die Quittung nicht auffinden konnte, Verlegenheit gemissbraucht zu haben.

Betracht kommen, die condictionem indebiti nicht ausschliessen kann. l. 23. pr. bestätiget diese Ansicht.

Elegauter Pomponius quaerit: si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo, cui heres est, vel ab eo, cui procurator est, et quasi ex transactione dederit, quae facta non est; an locus sit repetitioni? Et ait, repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum, et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est. Sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum.

Muss aber der Zweifel ausgesprochen worden sein, um die demungeachtet erfolgte Zahlung als eine vergleichsweise bewirkte zu characterisiren, so kann auch die verschwiegene Ueberzeugung von der Nichtexistenz der Schuld keinen animum transigendi erkennen lassen.

Vorstehende Bemerkungen setzt l. 11. C. in volle Evidenz. Diese Decision des Justinian lautet also: Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen legum latoribus incidit; id ne, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes, sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, et praesumtionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.

Erwägen wir nun

1) dass die Compilatoren des Codex als l. 1. des einschlagenden Titels den Ausspruch eines Kaisers an die Spitze gestellt haben, wonach der error keinen Bestandtheil des Beweisthema's bei der condictio indebiti bildet, sondern, sobald die indebiti solutio erwiesen ist, ohne weiteres für gewiss gilt, der Zahlende habe sich geirrt, und dass also l. 11. welche mit keiner Sylbe jener Disposition ausdrücklich derogirt, in Verbindung mit eben dieser Disposition verstanden werden muss; erwägen wir

2) dass diejenige Praxis, welche Justinian vorfand und die er durch seine Constitution aufhebt, nach den vorstehend unter Num. 1. u. 2. citirten Fragmenten es

als einen Transact ansah, titubante animo gezahlt zu haben, und dass, da jede Exception und also auch exceptio transactionis von dem Beklagten muss bewiesen werden, die bemerkte Praxis den Beweis der titubante animo erfolgten Zahlung zur Sache desjenigen machen musste, gegen welchen condicirt wurde, erwägen wir dies und verbinden wir hiermit, was l. 11. in directen Worten ausspricht, so würde Justinianus a mortuis redivivus seine Meinung richtig in folgenden Sätzen aufgefasst finden:

a) Wer da beweist, dass er indebite gezahlt hat, hat eo ipso den Irrthum als Motiv der Zahlung bewiesen.

b) Hinsichtlich des Falles, wo gegen den condicirenden Kläger excipirt und von dem excipirenden Beklagten erwiesen wird, dass titubante animo, ancipiti mente bezahlt worden sei, indem der Kläger von ihm erklärter Maassen die Zahlung als eine solche geleistet hat, deren Verität er nicht unbedingt anerkenne, hinsichtlich dieses Falles ist der Gesetzgebung der Zweifel aufgestiegen, ob man dem Kläger alsdann die Zurückforderung gestatten, oder sie ihm nicht gestatten solle.

c) Wir bestimmen, dass aus einer solchen titubante animo erfolgten Zahlung keine Transaction gefolgert werden soll, und der also beschehenen Zahlung ungeachtet, an die Transaction nur dann geglaubt werden soll, wenn sie direct bewiesen wird.

Wenn nun aber Justinian es nöthig fand festzustellen, dass die ancipiti animo erfolgte Zahlung nicht die praesumtionem transactionis herstellen solle, so muss bis zu seiner Zeit der Grundsatz gegolten haben: qui ancipiti animo solvit transegisse intelligitur, und somit ist, was in den unter Num. 1. und 2. citirten Fragmenten des Ulpian und des Pomponius sich nur angedeutet fand, mit historischer Evidenz erwiesen. Hat aber dieser Grundsatz gegolten, so ist auch ferner Folgendes gewiss:

Hätten Ulpian und Pomponius die heutigen Tages übliche Meinung gehegt, in allen Fällen, wo ein indebitum gezahlt worden und nicht von dem Condicirenden erwiesen ist, dass er ob errorem und in der irrigen Meinung er zahle debite gezahlt habe, werde der animus donandi präsumirt, hätten Ulpian und Pomponius sich zu dieser Meinung bekannt, eine Meinung deren Seltsamkeit nur demjenigen entgehen kann, dem das immer und immer wieder Gelesene und Gehörte die Unbefangenheit des Blickes benommen, so hätten sie bei der titubante animo erfolgten Zahlung annehmen müssen: der Zahlende ist in seiner Ungewissheit entschlossen gewesen, entweder das debitum zu bezahlen oder das indebitum zu schenken. Allein erwiesener Maassen haben die classischen Juristen dies nicht angenommen, sondern den animum transigendi; also müssen sie, denen bei der condictio indebiti die dubietas und die scientia solventis gleichstanden, indem sie die eine wie die andere zur Klippe machten, an der die condictio indebiti scheiterte, in der solutione indebiti a sciente facta nicht animum donandi, sondern animum transigendi, ein factum exceptivischer Art, erblickt haben. Da nun kein Kläger die Negative der Ausflüchte des Gegners zu beweisen hat, so ist bei der condictio indebiti jedenfalls der Irrthum kein Bestandtheil des Klagvorbringens und des Beweises gewesen.

§. 6.

Resultat aus den obigen Bemerkungen; wie modificirt sich dieses Resultat in Vergleich mit den Fragmenten des Titels de condict. indebiti?

Recht wohl liesse sich nach dem Obigen die Behauptung hören, wissentlich ein indebitum gezahlt zu haben gelte als vergleichsweise beschehene Zahlung und darum stehe bei der condictio indebiti demjenigen, welcher excipiren und beweisen will, vergleichsweise habe

er die Zahlung erhalten, frei, den Beweis indirect zu führen, indem er ihn nur auf die wissentlich beschehene Zahlung der Nichtschuld richtet.

Allein — und mit Ausführung dieser Sätze haben wir uns jetzt zu beschäftigen —

1) die in dem Titel de condict. indebiti enthaltene Casuistik überzeugt uns, dass die röm. Juristen, während dieselben nach dem Obigen allerdings für eine wissentlich indebite geleistete Zahlung ein ausreichendes Motiv in dem animo transigendi fanden, doch in allen Fällen, wo factisch weiter nichts vorlag als solutio und zwar indebita solutio, den error als etwas betrachteten, das nach heutiger Art zu sprechen in einer praesumtio juris et de jure beruhe, und die entgegenstehende Ausführung der scientia gar nicht verstatte.

2) Diese Ansicht ist rationell.

3) Zwar lässt dagegen sich der Zweifel aufwerfen, dass, sobald man den Satz unter 1 für richtig annimmt, es unbegreiflich werde, wie die römischen Juristen in so vielen Fragmenten die ob errorem factam indebiti solutionem erwähnen konnten, wenn die Theorie darauf hinauslief, dass bei der indebiti solutio der Irrthum etwas, so zu sagen, allemal a priori Gewisses sei, wie ferner namentlich Ulpian sich habe veranlasst finden können, in l. 1. §. 1. zu sagen: Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio, daferne nicht die Erörterung hätte eintreten können, ob a sciente oder a nesciente indebite gezahlt worden sei.

Dieser Zweifel wird beseitiget und mehr als eine Beziehung nachgewiesen werden, in der jene Bemerkung Ulpians und ähnliche andrer Juristen keineswegs nichtssagend ist, der Wahrheit des Satzes in num. 1. ungeachtet.

§. 7.

Fortsetzung; Beweis des Satzes unter Num. 1. S. 18.

Die citirte l. 32. §. 1. ist vielleicht die schlagendste, keinesweges aber die einzige Beweisstelle *).

Ein Bürge hat paciscirt, ne pecunia ab eo petatur; er bezahlt aber dennoch, hat aber auch um nichts weniger die Condiction. Diejenigen, welche den Irrthum von dem Kläger wollen erwiesen sehen, würden, wenn es nach dem Obigen noch einer besondern Widerlegung bedürfte, ohne Weiteres durch dieses Fragment widerlegt werden. Denn da sein eignes factum jeder kennen muss, so ist in dem Falle des Fragmentes eo ipso die Wissenschaft gegen den Bürgen bewiesen und dennoch condicirt derselbe. Eben so wenig kann es aber auch in Fällen der bemerkten Art den römischen Juristen eingefallen sein, dem beklagten Empfänger die scientiam des klagenden Bezahlers erweisen zu lassen. Denn welchen stärkeren Beweis kann jener herbeischaffen, als dass der Bürge heute zahlt, was gestern erklärtermaassen nicht von ihm soll gefordert werden. Dem Verfasser ist nur eine einzige causarum figura denkbar, wo von einem Bürgen ohne dessen Wissen diejenige Zahlung eingehen könnte, hinsichtlich welcher ein pactum de non petendo ist abgeschlossen worden, nemlich die, dass am 1sten Januar der Bürge seinen Banquier beauftragt die Bürgschaftssumme ult. Jan. an den Gläubiger zu senden, medio Jan. das pactum de non petendo errichtet wird und der Banquier dennoch das Geld einsendet, weil keine Contreordre bei ihm eingegangen ist. Allein nicht entfernt deutet das Fragment auf ein solches Verhältniss hin. Vielmehr ist

*) Nicht zu erwähnen, dass die Pandekten wohl exceptionem transactionis, nicht aber scientiae kennen, und eine solche oder ähnlich benannte Exception sich in den Quellen finden müsste, wenn der condictio die Behauptung: wissentlich ist indebite gezahlt worden, ohne einen weiteren Zusatz hätte entgegengestellt werden können, der die a sciente indebite factam solutionem specieller als transigendo animo factam bezeichnet hätte.

nach demselben die Zahlung eine Folge von des Bürgen eigener, allerdings höchst unbegreiflichen Verkehrtheit (si per imprudentiam solverit). Ein im Wesentlichen gleiches Verhältniss liegt vor in l. 56.

Sufficit ad causam indebiti, incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conveniatur, donec Titius Consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est, Titio Consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti. Ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex ea die debitor solvisset, ita prorsus defensio juris, quae causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

A. ist eine Summe Geldes schuldig; der Gläubiger erklärt sie nur unter der Bedingung von ihm fordern zu wollen, dass Titius Consul wird. Bevor der Fall eingetreten und während also noch ungewiss ist, ob die Schuld jemals werde exigibel werden, zahlt A. Er condicirt sie, obschon, wenn es dem Empfänger nützte die scientiam des Gebers zu beweisen, der Beweis ipso facto geführt wäre, obschon, wenn die Condiction von dem Beweise des Irrthumes abhinge, dieser unausführbar wäre.

Ferner nehme man l. 48.

Qui promisit, si aliquid a se factum sit, vel, cum aliquid factum sit, dare se decem, si prius, quam id factum fuerit, quod promisit, dederit, non videbitur fecisse, quod promisit, atque ideo repetere potest.

Jedermann sieht von selbst, dass darauf das nemliche Raisonnement anwendbar ist.

Auch derjenige — m. s. d. S. 6. citirte l. 40. §. 1. welcher ein Haus, in das er Verwendungen gemacht hat, abtritt, ohne sich diese von dem dazu gehaltenen Erwerber restituiren zu lassen, muss wissen, was er zu fordern berechtiget wäre. Demungeachtet hat er die condictionem incerti.

Mit der Angabe solcher Stellen, in welcher sich die Maxime festgehalten findet: wie es auch immer zu-

gegangen, dass gezahlt wurde, was der Zahlende nicht schuldig war, jedenfalls soll das indebite Gezahlte nicht in des Empfängers Vermögen übergegangen sein, und dasselbe nicht betrachtet werden als etwas, das der Zahlende habe aufopfern wollen *), verbinden wir die Bemerkung, dass die von dem citirten Fragmente factisch ausgesprochene Maxime auch wörtlich enthalten ist in l. 54. Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. m. s. auch l. 1. §. 3. de condict. s. c. Uebrigens ist es nicht unbemerkenswerth, dass wenn der Beklagte die scientiam solventis exceptivisch hätte ausführen können, sich ebensowohl wie bei dem Kaufe und andern Contracten, wo das Wissen des einen oder des andern Theiles die Norm von Entscheidungen abgeben kann, sich eine Menge von Fragmenten casuistischen Inhaltes finden würden, wo über die in facto etwa wahrnehmbare Gewissheit, dass a sciente gezahlt worden sei, Erörterungen angestellt wären.

§. 8.

Fortsetzung: Ausführung des Satzes S. 18. in Nr. 2.

Man erwäge, wie eben in der Lehre von der condictio indebiti die römischen Juristen so gewissenhaft an demjenigen halten, was der redliche Mann zu thun sich bestimmt findet, und bekanntlich auch jede nicht civilrechtlich klagbare auf Gründen der Sittlichkeit beruhende Schuld nach beschehener Zahlung nicht condiciren liessen. Sollten sie nun wohl den Empfänger anders und begünstigter als den Zahler behandelt haben? Und hier fragt man jeden auf sein Gewissen, ob er als Gläubiger von 100 Thlr., wenn er den Bürgen der Verbindlichkeit entlassen hat, demungeachtet aber die verbürgte Summe von diesem zugestellt bekommt, sich für berechtiget halten wird, sie ohne weiteres in seinen Nutzen zu verwenden. Solchenfalls ist

* Der Code N.: (m. s. S. 3.) befolgt die nemliche Maxime.

zweierlei möglich. Der Gläubiger erhält 100 Thlr. von dem Bürgen entweder ohne weitere Bemerkung; hier liegt weiter nichts vor, als dass jener ihm 100 Thlr. wollte zugesendet haben, und der Empfänger wird darüber weiterer Verfügung entgegen zu sehen haben; oder der Gläubiger erhält in den 100 Thlr. das erkennbare indebitum, indem dabei bemerkt ist, dass sie die 100 Thlr. Bürgschaftsumme sein sollen. An eine Schenkung lässt sich nicht glauben, denn der Annahme einer Schenkung stehen die ausdrücklichen Worte entgegen; ebensowenig lässt sich an einen Transact glauben, denn es ist kein Streit gewesen. Der Empfänger kann nur soviel wissen, dass er nicht weiss, was er von der Sache denken soll, jedenfalls aber kein Rechtsgrund vorhanden ist, aus dem er das Geld behalten dürfe, und dass er, um es mit gutem Gewissen zu behalten, erst noch vernehmen müsse, wie dies möglich sei.

Gesetzt ferner, A. des B. Schwiegervater, hat diesem 1000 Thlr. versprochen, wenn die Frau einen Sohn gebähre; pendente conditione schickt A. die Summe, bezeichnet als die — den Umständeu nach noch nicht und vielleicht nie exigible — Schuld. Wird B. das Geld mit gutem Gewissen verwenden können, ohne gleichzeitig durch andre Umstände oder erst später noch besonders vergewissert worden zu sein, dass A. jetzt unbedingt geschenkt haben wollte, was er früher nur bedingt zugesagt hatte?

§. 9.

Fortsetzung: Beseitigung des in Num. 3. S. 18. aufgeworfenen Zweifels.

Welcher Weise kommen aber die röm. Juristen dazu nicht immer, wie in den citirten Stellen, blos von der solutio indebiti zu sprechen, sondern wie Pomponius in l. 7. — an zahlreichen gleichlautenden Stellen ist kein Mangel — sich also auszudrücken: Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur; und somit den Irrthum ausdrücklich als

etwas von der solutio indebiti, dafern diese die Condiction begründen soll, Unzertrennliches hervorzuheben?

Hierauf folgende ganz einfache Antwort: sobald man von dem Falle abstrahirt, wo transigendi animo gezahlt sein kann, findet Niemand es möglich, dass Jemand indebite zahle. Demnach liegt in Fragmenten wie l. 7. weiter nichts als die Bemerkung: wenn Jemandes Irrthum es fügt, dass er ein indebitum bezahlt, so fordert er das Gezahlte zurück. Es kann aber recht wohl die indebiti solutio ein contractmässiges Verhältniss herstellen, ohne dass bei dessen rechtlichen Folgen die im Allgemeinen einzig mögliche Veranlassung desselben Gegenstand von Erörterungen wird. So vermiethe ich z. B. ein Haus um Geld zu gewinnen, klage aber aus dem Miethcontracte, ohne dass jene, sich von selbst verstehende, Motive weiter erörtert wird. Uebrigens haben wir ein Fragment, wo das per errorem solvisse zweimal vorkommt und einmal erweislichermaassen völlig entbehrlich gesetzt ist. M. s. l. 59. Si fidejussor jure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit; si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet, quum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur. Die Stelle selbst beweist, dass in dem bemerkten Falle der Schuldner das Geld nicht zurückfordern kann, er mag gewusst oder nicht gewusst haben, dass der Bürge gezahlt habe.

Ferner belegt die genauere Erwägung von l. 1. §. 1.: eine Stelle die allerdings auf den ersten Anblick den Verfasser zu widerlegen scheint: dass Ulpian auf das sciens solvisse eine entscheidende Wichtigkeit legen konnte, ohne dass diess auch nur im Mindesten des Verfassers Ansichten widerlegt.

Die indebiti solutio erzeugt eine dem Darlehnscontracte gleichgestellte Verbindlichkeit. Auf die contractmässigen Verbindlichkeiten hat es keinen Einfluss, welchen Motiven sie ihr Entstehen danken, vorausge-

setzt dass diese nicht äusserlich und zwar speciell in den gegenseitigen Beziehungen der Contrahenten sind wahrnehmbar geworden. Hieraus folgt, dass wenn ich jemandem 100 Thlr. als Schuld bezahle und sie condictione indebiti zurückfordere, der Beklagte mir nicht exceptivisch einhalten kann: du hast ja gewusst, dass ich sie nicht zu fordern hatte. Was ich gewusst oder nicht gewusst habe, geht ihn nichts an. Kann aber der Gegner beweisen: du hast mir die 100 Thlr. bezahlt unter der Bemerkung, dass du sie nicht schuldig zu sein überzeugt wärest, so ist auch der Transact, die Absicht bewiesen, zu zahlen um nicht zu streiten, bewiesen, dass nicht als debitum sondern transactionis causa ist gegeben und empfangen worden.

Auch ersieht man aus der gleich darauf folgenden l. 2. pr. — fasst man dieselbe nemlich in dem von dem Verfasser entwickelten Sinne auf — dass Ulpian in l. 1. §. 1. die scientiam sich als eine gegen den Empfänger prononcirte gedacht hat. Seine Meinung ist — wenn wir beide Stellen verbinden — folgende: war ausgesprochen, du gäbest die Summe als indebitum, so hast du sie vergleichsweise geben wollen, dasselbe ist der Fall, wenn du auch nur der Möglichkeit gedacht hast, es könne die Zahlung indebite geleistet sein; doch kannst du letzteren Falles dir die Condiction sichern durch den Vorbehalt, sie anstellen zu dürfen, sobald sich die indebita qualitas sollte erweisbar machen lassen.

Demnach hat man alle die Stellen, wo solutio indebiti ob errorem facta erwähnt wird, so zu verstehen, dass damit auf kürzeste aber auch ganz richtige Weies bemerkt sein sollte, der Kläger dürfe die Zahlung nicht als eine solche bezeichnet haben, die er wissentlich und somit transigendi animo gäbe.

Wir schliessen mit einem Beispiele, das im Wesentlichen genau mit der Casuistik in l. 36. *) zusammen-

*) Servus cujusdam insciente domino magidem commodavit; is, cui commodaverat, piguori eam posuit, et fugit; qui accepit,

trifft, um, nachdem wir das Urtheil des Lesers zu überzeugen gesucht haben, auch an die Beistimmung seines Rechtsgefühles provociren zu können.

Des Aulus Bediente verborgt seines Herrn Silberzeug; der Erborger versetzt es bei Lucius für 1000 Thlr. und läuft davon. Aulus erfährt, wo sein Silberzeug ist, und fordert es von Lucius, der die Herausgabe verweigert, weil er von Aulus, dem nur die Desperation des betrogenen Lucius so etwas ansinnen kann, verlangt, dass ihm vor allen Dingen der Pfandschilling wiedererstattet werde. Endlich, um nur das Silberzeug wieder zu haben, zahlt Aulus und bringt nun die Sache vor Gericht, wo folgende mündliche Verhandlungen erfolgen: Aulus bringt gegen Lucius an und dieser gesteht ein

a. dass er von Aulus 1000 Thlr. erhalten,

b. dass er sie als Berichtigung einer Pfandschuld erhalten,

c. dass Aulus sein Pfandschuldner nicht gewesen.

Jezt ergreift des Lucius Advocat das Wort und behauptet, abgewiesen müsse die Klage werden, wenn Kläger weiter nichts vorbringen könne. Es wäre ja möglich, dass dieser dem Beklagten die 1000 Thlr. habe schenken wollen; um gerecht zu sein, müsse der Richter das Gewisse für das Ungewisse nehmen und des Klägers Absicht zu schenken voraussetzen, bis derselbe anführe und beweise, er sei überzeugt gewesen, dass er die 1000 Thlr. schulde, er habe aus Irrthum und zwar aus einem recht unüberwindlichen Irrthum gezahlt; denn auf error invincibilis müsse sich berufen, wem in Geschäftsverhältnissen der error solle zu

non aliter se redditurum ajebat, quam si pecuniam accepisset; accepit a servulo, et reddidit magidem; quaesitum est: an pecunia ab eo repeti possit? Respondit: si is, qui pignori accepisset magidem, alienam scisset apud se pignori deponi, furti eum se obligasse, ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti; sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem. Item si pecunia ejus nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti.

zu statten kommen, und insonderheit verlange dies bei der condictio indebiti der ehrwürdige Höpfner. Der Richter, der aus der Noth eine Tugend machen und es wagen muss, seinem Rechtsgefühle nachzugehen, weil ihm der Titel de condict. indeb. unerklärlich und die einschlagende Pandektenlitteratur nicht erklärend geschienen hat, bescheidet den Sachwalter, dass man in unsrer egoistischen Welt, um an Schenkungen zu glauben, überzeugt sein müsse, es sei geschenkt worden; zur Zeit sähe man aber blos, dass der Kläger etwas habe bezahlen wollen, was blos bei dem schlechtesten Schuldner und auch da nur gleichnissweise als Geschenk betrachtet werde. Nun erbietet sich der Advocat zu beweisen: der Kläger habe gewusst, er sei nichts schuldig. Dagegen wird ihm von dem Richter der Bescheid, dass Jemand, der etwas behalten wolle, von dem es eben die Frage sey, ob er es zu behalten das Recht habe, es herausgeben müsse, wenn er kein Recht dazu habe. Nun habe zwar Jedermann das Recht aufzuheben, was ein andrer zum Fenster hinauswerfe; allein selten finde sich so etwas aufzuheben; und ein für allemal wolle er nicht glauben, dass der Kläger so überaus seltsamer Weise dem Beklagten Gelegenheit zum Zugreifen habe geben wollen. Wie in aller Welt, bricht nunmehr der ungeduldig gewordene Lucius aus, soll ich meinen Process verlieren! Davus, der später davongelaufen ist, hat mir das Silberzeug verpfändet. Dass es dem Aulus gehört, will ich glauben; dagegen muss dieser aber auch wissen, dass sich Niemand freiwillig um sein Geld bringen lässt, er mir aber das Silberzeug hat abfordern lassen, ohne mir geben zu wollen, was ich jetzt an den davongelaufenen Davus verlieren soll und dass ich den Aulus habe wissen lassen, lieber liesse ich mich verklagen, als dass er das Silberzeug wieder erhielt, ohne mich vorher befriediget zu haben. Da schickt mir Aulus das Geld, ich denke die Sache ist abgemacht und nachdem er sie mir aus den Händen gespielt, will er mir auch das Geld wieder abstreiten. Jetzt bescheidet

der Richter den dies alles einräumenden Aulus, nunmehr stehe die Sache ganz anders oder vielmehr sei sie völlig abgemacht. In der allerdings ganz richtigen Meinung, dass er sein Eigenthum unentgeltlich von Lucius herausbekommen müsse, habe er erst das Silberzeug unentgeltlich verlangt. Nun habe Lucius ihn die Alternative gebracht, dasselbe entweder mittelst Processes umsonst oder in der Güte gegen Bezahlung zu erhalten; er habe die letztere Parthie ergriffen und könne nun nicht mehr die erste ergreifen, eben so wenig als einer, dem es geboten war, entweder ein Pferd oder einen Ochsen zu bekommen, nachdem er den Ochsen genommen, auch noch das Pferd fordern dürfe. Darüber entrüstet sich zwar Aulus und indem ihm l. 18. de condict. furt. (13. 1.) *) einfällt, beklagt er sich, dass einem Schelm und Diebe solle geholfen werden, denn ein solcher sei, wer sich bezahlen lasse, was er zu fordern kein Recht habe; Chicane des Lucius sei es gewesen, ihm sein Eigenthum vorzuenthalten, er aber solle betrachtet werden, als habe er sich gütlich mit Lucius auseinander gesetzt, obschon der Vergleich mit einem offenbaren Chicaneur **), wie aus dem röm. Rechte zu ersehen sei, eo ipso imperfect sei. Allein der Richter lässt sich nicht irren und absolvirt, jedoch unter Compensation der Kosten, den Lucius, indem er des Aulus Replic mit der Bemerkung zurückweist: ein Dieb wolle sich bereichern, Lucius dagegen habe nur nichts verlieren wollen, auch könne man denjenigen keinen Chicaneur nennen, der Niemanden mit einer Klage bedrohe, sondern in aller Passivität abwarte, ob an einer Sache,

*) Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat? Et Pomponius Epistolarum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva; sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit; sed altera condictione alteram tolli.

**) l. 16. §. 1. . . Sin . . evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est et repetitio dabitur.

die er für seine Person auf keine widerrechtliche Weise erlangt hatte, ihm das Retentionsrecht werde zu oder abgesprochen werden.

Wenn der verständige und gradsinnige Leser unserm Richter allüberall beistimmt, so ist erreicht, was erreicht sein sollte, mit Erfolg auf des Gebildeten Rechtsgefühl provocirt und erlangt die Approbation des Satzes: Gegen die condict. indebiti (worinne der Klagegrund und das Thema des von dem Kläger zu führenden Beweises liegt, ist oben §. 2. angegeben) kann der Beklagte auf eine in dem concreten Falle den Begriff einer solutio indebiti zerstörende Weise ausführen, dass der nicht existirenden causa debiti die causa transactionis substituirt worden sei und dem directen Beweise, vergleichsweise sei die Zahlung erfolgt, äqual ist es, wenn ausgeführt wird, dass der Kläger nicht blos das Geforderte gezahlt, sondern auch wörtlich oder thatsächlich erklärt habe, er zahle, obschon er zur Zahlung sich nicht verbunden erachte; wogegen, wenn nicht dies, sondern nur Zweifel an der Verität der Schuld von dem Zahlenden sind erklärt worden, nach eigentlich so zu benennenden justinianischem Rechte kein Transact angenommen wird, während das Pandektenrecht auch solchenfalls den Transact annimmt, vorausgesetzt, dass die Zahlung nicht unter besonderem Vorbehalte der condictio indebiti ist geleistet worden.

§. 10.

Casuistische Bemerkungen über die Art und Weise der praktischen Anwendung dieser Theorie.

Wir stellen nun eine Anzahl Fälle, wo die factischen Bedingungen, unter denen die condictio indebiti durch den indirecten Beweis des Transactes elidirt werden kann, mehr oder weniger scharf prononcirter

Weise vorhanden oder nicht vorhanden sind, um daran nachzuweisen, wie denselben die aufgestellte Theorie eine zusagende Norm giebt. Hier schicken wir jedoch die allgemeine Bemerkung vorauf, dass um die condictio indebiti erörterter Maassen mit dem indirecten Beweise des Transactes zu elidiren, nicht allemal die ausdrückliche Forderung von Seiten des Empfängers braucht vorhergegangen zu sein, sondern es dem gleichbedeutend ist, wenn der Geber der Forderung mit dem Anerkenntnisse zuvorkommt, dass dieselbe könne gemacht werden und darum zweifelsohne wirklich werde gemacht werden. Auch dies sollen Beispiele näher erläutern.

Ein Schriftsteller hat seine Werke bei einen Buchhändler herausgegeben. Dieser stirbt und der Schriftsteller erhält von dem Erben 200 Thlr. mit der Bemerkung zugesendet, dass soviel in der Buchführung sich vorgefunden habe, als ein dem Schriftsteller noch zu Gute gehender Saldo. Dies ist so gut als hätte der Autor die 200 Thlr. — gefordert; denn der Erbe nimmt die Forderung als geschehen an. Nun sind, wenn der Saldo getilgt und nur aus einem Versehen unausgethan geblieben ist, drei Fälle möglich:

a. Der Schriftsteller weiss, dass der Saldo ist gedeckt worden.

Hier bleibt dem Erben die condictio indebiti unbenommen; denn die Zahlung ist indebite bewirkt, und als vergleichsweise erfolgt kann der Schriftsteller sie nicht betrachten; er kann nicht sagen, ich nehme an, der Erbe bezahle um einen Process zu vermeiden, weil er wusste, dass wenn ich klagte, die Forderung aus der Buchführung könnte bewiesen werden. Was der Autor nur als niederträchtiger Calumniant hätte fordern können, das darf er nicht mit gleicher Niederträchtigkeit behalten, weil der Erbe der calumniösen Forderung ist zuvorgekommen. Niemand wirft sein Geld indebite weg und somit weiss der Autor, dass der Erbe nur aus Irrthum gezahlt hat. In keinem Con-

Contractsverhältnisse erlaubt die bona fides, dass ein Theil aus dem von ihm erkannten Irrthum des andern Theiles Gewinn ziehe. M. s. z. B. l. 9. de periculo et commodo r. v. (18. 6.) Si post inspectum praedium, antequam emtio contraheretur, arbores ventorum vi dejectae sunt, an hae quoque emtori tradi debeant, quaeritur. Et responsum est: non deberi, quia eas non emerit, quum ante quam fundum emerit, desierint fundi esse; sed si ignoravit emtor, dejectas esse arbores, venditor autem scierit, nec admonuit, quanti emtoris interfuerit, rem aestimandam esse, si modo volit.

Den nemlichen Grundsatz führt durch l. 15. eod.

b. Der Schriftsteller hat keinen Grund die Verität der Forderung zu bezweifeln. Er hat mit dem Buchhändler in langjähriger Verbindung gestanden, Voraus- und Nachbezahlungen erhalten, Bücher bei ihm auf Credit ausgenommen, bei manchem gelieferten Artikel ist vielleicht gar keine bestimmte Verabredung über die Grösse des Honorars getroffen worden. Nachdem er in den ersten drei Jahren den Verleger als redlichen und liberalen Mann erprobt hatte, schien es ihm unnöthig in den letzten sieben Jahren die von Messe zu Messe mit den Geldern eingesendete Berechnung zu examiniren. Mit gutem Gewissen behält er also das Geld, dessen freiwillige Sendung ausreicht, ihn zu überzeugen, dass er es noch zu fordern habe. Gesetzt, nach Jahren entdeckt der Erbe den Irrthum, alsdann liegen die Prämissen der condict. indebiti vor. Zweihundert Thlr. wieder herauszugeben kann dem Autor sehr unangenehm und derselbe nicht dadurch entschädigt sein, dass er keine Zinsen auf die Zwischenzeit zu zahlen hat. Allein dies beseitiget nicht die Wahrheit, dass die solutio ad non justam causam redit, und eine liberirende juristische Barmherzigkeit wäre um so weniger angebracht, als der Autor ja doch auch, wollte er den Obliegenheiten des sorgfältigen Hausvaters gnügen, sich um den Stand seines schriftstellerischen Credit und Debet hätte bekümmern sollen und auf diese Wei-

se gegen die Unannehmlichkeit wäre gesichert geblieben, bereits verwendetes Geld wieder erstatten zu müssen.

c. Der Autor oder dessen Erben fordern von dem Buchhändler oder dessen Erben bereits berichtigtes Honorar. Es wird ihnen gesendet. Späterhin condicirt es der Zahler; die Klage ist fundirt, denn bei der Forderung, der Zahlung und dem Empfange ist das indebitum als ein debitum prädicirt worden. Wie steht es aber um die mögliche Exception und um die Frage, ob die Zahlung sich als eine transactsweise erfolgte darstellen lasse? Kann der Autor Edition der Buchführung fordern, um zu beweisen, dass in dieser die Forderung ausgethan und also von dem Kläger ad avertendam litem vergleichsweise gezahlt worden sei? Gewiss nicht. Denn es sind drei Fälle möglich.

1. Er wusste, die Zahlung sei bereits erfolgt; alsdann hat er das Geld wie ein Dieb genommen und unterliegt sogar der condict. furtivae.

2. Er glaubte, es sei noch nicht bezahlt, oder

3. dachte es sich doch als möglich, er sei noch nicht bezahlt und wollte erwarten, ob der Verleger Quittungen produciren oder doch sonst die Zahlung nachweisen werde.

In beiden Fällen hat dieser die condict. indebiti; die Zahlung ist als debita gefordert, nicht minder bei der Leistung eo ipso als debita bezeichnet worden, und das ist sie nicht. Möglich, ja sehr wahrscheinlich bleibt es, dass der Buchhändler nochmals gezahlt habe nur um dem Anspruche ein Ende zu machen. Allein wie will als redlicher und, um den Fall in dem Sinne der Pandekten zu nehmen, als moralischer Mann der Empfänger verweigernd antworten, wenn er nach Empfange des Geldes einen Brief des Inhaltes bekommt: Sie werden mir gefälligst die 200 Thlr. zurücksenden. Ihren Worten vertrauend, obschon es mich befremdete meine Buchführung damit so gar nicht übereinstimmend zu finden, stellte ich Ihnen die 200 Thlr. zu; die Quittungen aber, die Sie bei N. N. in Au-

genschein zu nehmen haben, werden Sie überzeugen, dass Sie sich durchaus geirrt haben müssen.

Gesetzt jedoch der Buchhändler schriebe in einem zweiten Briefe: Senden Sie mir die 200 Thlr. zurück. Ich wusste, dass Sie dieselben schon erhalten hatten; indess ich that ein Uebriges, weil ich glaubte Ihnen die vortheilhafte Anzeige zu verdanken zu haben, welche meinen neusten Verlagsartikeln so fördernd gewesen ist. Jedoch Sie wissen am besten, dass jene Anzeige aus eines andern Recensenten Feder geflossen ist und also bitte ich mir die 200 Thlr. wieder aus. Dieser Brief vereitelt die condictionem sine causa und dies zwar nach l. 65. §. 2. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. Was der Brief sofort liquid macht, dass nemlich geschenkt sein sollte, was der Empfänger bereits genommen hat, könnte aber auch der Beklagte aliunde beweisen. Hingegen würde man ihn nicht mit dem blossen Anführen hören, wissentlich habe der Buchhändler indebite bezahlt; denn das glaubt man Niemandem, ohne dass zugleich ein Motiv angeführt ist, aus dem in concreto glaublich wird, was in abstracto es nicht ist.

Nehmen wir ferner an, auf den Mahnbrief antwortet der Buchhändler: „der Genauigkeit und Pünktlichkeit meiner Buchführung versichert, weiss ich, dass ich Ihnen nichts schuldig bin. Allein ich sende Ihnen das Geld, denn um 200 Thlr. processire ich nicht, und wer mich ohne Grund mahnt, könnte mich auch ohne Grund verklagen.“ Hier liegt der Transact vor. Dennoch kann condicirt werden, wenn der Buchhändler das Calumniöse der Mahnung, des Schriftstellers vorhanden gewesene Ueberzeugung von der Nichtexistenz der Forderung darzuthun vermag.

Endlich, um eine Vergleichung mit dem einschlagenden Pandektenrechte und der justinianeischen Decision in einem concreten Falle zu geben, denke man

sich der Buchhändler antwortet: Sie behaupten 200 Thlr. noch zu fordern zu haben. Meine Buchführung antwortet darauf mit Nein. Indem ich Ihnen zu erwägen gebe, wer wohl Recht hat, setze ich Sie mittelst beigehender Anweisung in den Stand 200 Thlr. auf meine Rechnung zu erheben.“

Hiermit scheint dem Verfasser ausgesprochen: ich bezahle die 200 Thlr. als eine Summe womit der Empfänger entweder bezahlt oder ihm doch ein für allemal der Mund geschlossen wird. Wer aber in zwei Absichten zahlt von denen nur eine oder die andre, jedoch auch eine von beiden unausbleiblicherweise mit der Zahlung erreicht wird, kann das Gezahlte nicht zurückfordern, da dies allüberall nur dann verstattet ist, wenn mit der Zahlung kein damit verbundener Zwek ist erreicht worden. Somit scheint das Pandektenrecht schärfer und richtiger dergleichen Verhältnisse aufgefasst zu haben, als Justinians Constitution, nach der der Autor, wenn der Kläger das indebitum beweist, nicht aus jenem Briefe den Transact beweisen kann.

§. 11.

Zu l. 10. C. de juris et facti ignorantia.

Cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.

Bereits in dem ersten Bande (m. s. §. 301. flgde.) hat der Verfasser sich über die Frage verbreitet, ob? und inwieferne? angenommen werden könne, dass bei der repetitio indebiti es einen Unterschied mache das indebitum ex errore facti oder ignorantia juris gezahlt zu haben. Er hat nachgewiesen, wie in zahlreichen Fällen, deren keiner von der Art ist, dass er zu einer exceptionellen Beurtheilung auffordern könnte, die Condiction desjenigen gegeben wird, was man indebite und zwar ex errore juris gezahlt hat. Während der Verfasser, als er die Streitfrage über die Gleichheit oder Verschiedenheit der Wirkungen des erroris in jure und

in facto behandelte, keine eben nahe liegende Veranlassung hatte, sich über das Beweis- und Gegenbeweisthema bei der condictio indebiti näher zu verbreiten, kann er nicht umhin, bei der vorliegenden Abhandlung auf jene Streitfrage zurückzukommen. Was er am a. O. deducirt hat, das wird, täuscht ihn nicht alles, eine neue Bestätigung erhalten, wenn es unter dem Gesichtspunkte, von dem aus das indebitum jezt behandelt ist, zum Theil wieder aufgenommen wird. Etwas gezahlt haben, was um diejenige Schuld zu sein, die damit berichtiget werden sollte, eine bestimmte Thatsache voraussezt, läuft auf ein errore facti solutum hinaus, wenn diese Thatsache nicht existirt; etwas gezahlt haben, das die Tilgung einer auf einem wirklich gegebenen Verhältnisse beruhenden Schuld sein soll, die von eben diesem Verhältnisse nicht begründet wird, läuft auf solutio ex errore juris hinaus. Weiter unten davon, ob die röm. Jurisprudenz wirklich so scharf unterschieden hat.

Nun nehme man folgenden Fall: Klage und Antwort stellen in Gewissheit, dass A. an B. 1000 Thlr., und zwar als ein von des A. Erblasser in dessen Testamente dem B. beschiedenes Legat bezahlt hat, dass jedoch A. nicht schuldig gewesen ist das Legat zu bezahlen, indem er ab intestato succedirt hat, nachdem von ihm das Testament umgestossen und er an die Stelle des Testamentserben getreten war. Es ist indebite gezahlt, es ist ex errore juris gezahlt, denn das Testament ist allerdings vorhanden, allein der Erbe hat dessen Wirkungen falsch beurtheilt, indem er glaubte auch der Intestaterbe sei an die singulären Dispositionen gebunden, die das Testament dem in diesem eingesetzten Erben auferlegte. Obschon aus Rechtsirrthum und zwar aus einem solchen Rechtsirrthume ist gezahlt worden, über den auch des Landmanns juristisches Urtheil erhaben sein könnte, ist dennoch die condictio indebiti fundirt. M. s. l. 9. C. de jur. et facti ignor.

Ferner: es macht bei der condictio indebiti keinen Unterschied, ob die auf Zahlung erhobene Klage nicht

factisch zu begründen oder durch eine Exception elidirbar war. Allerdings kommt hier in Betracht ob der Zahlende nicht gewusst habe, exceptione se tutum esse. Allein auch nicht die entfernteste Spur zeigt sich in den Fragmenten (m. vergl. l. 24.*) und l. 26. §. 3.**) dass hinsichtlich der Veranlassung unterschieden worden sei, aus der des Klägers Unbekanntschaft mit der durch eine Exception ihm gegebenen Sicherheit herrührte, was um so wichtiger ist, als eine Exception übersehen zu haben ungleich öfter errore juris als facti geschehn wird, denn in der Regel ist jeder Schuldner mit allen die Verbindlichkeit betreffenden factischen Verhältnissen bekannt. Wenn es nun aber gewiss ist, dass in den uns überlieferten Fragmenten casuistischen Inhaltes error juris und error facti in den Wirkungen (versteht sich — m. s. Bd. 1. S. 258. — nur bei zweiseitigen Geschäften) nicht variirt, so muss die in l. 10. C. de jur. et. facti ignor. enthaltene Vorschrift einen

*) Si is qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur: condicere non potest.

**) Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione, solvit.

Dass in den angezogenen Stellen erstlich die scientia als etwas gedacht wird, das der Beklagte zu beweisen habe, dafür sprechen in §. 3. cit. die Worte: nisi sciens se tutum exceptione scivit; sie bezeichnen die Ausnahme von einer Regel und allemal hat der Beklagte dasjenige zu beweisen, wodurch eine ihm entgegenstehende Regel soll unanwendbar werden. Dass es ferner in den angezogenen Stellen nicht die Meinung des Ulpian ist, der Beklagte werde mit dem blossen Anführen gehört: der Kläger habe gewusst er zahle, obschon er die Forderung excipiendo elidiren könne, sondern der Beklagte sich auf besondere Umstände beziehen muss, in Verbindung mit welchen die wissentliche Zahlung des indebiti, an die man im Allgemeinen nicht glaubt, sich als eine vergleichsweise geschehene characterisirt, ergiebt sich aus dem Obigen und insonderheit aus dem, was zu l. 22 §. 1. und also in Beziehung auf einen Fall ist gesagt worden, wo, wenn eine exceptio scientiae zulässig gewesen wäre, dieselbe ipso facto als genugsam dargethan erscheinen musste.

andern Sinn als denjenigen haben, in welchem man die Stelle gewöhnlich auffasst und nach dem der Beklagte, von welchem die 1000 Thlr. bezahlte Legatengelder condicirt werden, in dem Falle wo das Beweisthema vollständig ausgeführt ist, in dem Gegenheweise ausführen könnte: da das Testament umgestossen war und der Kläger als Intestaterbe die dem Testamentserben auferlegten Legate gezahlt, zugleich aber gewusst hat, dass das Testament umgestossen sei, so hat er in jure nicht in facto geirrt und darum muss er die Folgen des Irrthums tragen. Die Stelle muss einen andern Sinn haben, schon um deswillen, weil nur die gänzliche Unkunde von dem Geiste der röm. Jurisprudenz auf den Gedanken leiten kann, die Praxis in den Gerichten habe es als eine polizeiliche Obliegenheit betrachtet durch die anerkannte Schädlichkeit des Rechtsirrthumes die Rechtskunde populär zu machen *).

Die Stelle in l. 10. verstattet (m. vergl. Bd. 1. S. 311. — 313.) mehrfache mit der Ansicht des Verfassers sich ausgleichende Erklärungen. Hier noch eine, welche sich am a. O. nicht findet, den dort gegebenen

* Belege für diese höchst unrömische Meinung hat man unter andern in Stellen wie l. 9. (Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit) und l. 11. (Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest) finden wollen. Die Oberflächlichkeit dieses Verfahrens zu erkennen braucht man nur l. 8. zu lesen. Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulier solvisset, repetere non potest: adeo debitum esset mulieri. Das debitum ist in einem solchen Falle nicht aufgehoben, und der Zahlende hat sich, wenn er sich geirrt hat, nur über die Sufficienz der Masse geirrt, die, um der Sprache heufiger Practiker sich zu bedienen, zum Object der Execution angegeben werden kann. Gesetzt, damit der Fall unsern Rechtsverhältnissen näher gebracht werde, ein Schuldner der nicht allen seinen Gläubigern gerecht werden kann, ist dringend zunächst nur von einem und dem andern gemahnt, den er noch befriedigen kann. Es steht ihm frei mit der Insufficienz seines Vermögens die begehrte volle Zahlung abuzlehnen; wenn er aber in der Hoffnung den Concurs zu vermeiden, dies nicht thut, so wird er nimmermehr condiciren können, was er über sein facere posse hinaus (m. s. l. 9) gezahlt hat.

aber vorzuziehen sein möchte und genau mit der aufgestellten Theorie von dem Beweis- und Gegenbeweisthema bei der condictio indebiti quadrirt.

Die oben bemerkte Distinction zwischen error facti und juris ist richtig. Allein so scharf brauchten die Römer nicht zu unterscheiden und haben auch nirgends so scharf unterschieden, dies um deswillen, weil ihre bei der condictio indebiti nicht zwischen den Wirkungen des error juris und facti unterscheidende Praxis es entbehrlich machte. Wohl aber lässt sich allemal als ignorantia facti die irrige Annahme prädiciren, durch factische Verhältnisse sei eine Zahlung als Schuld bedingt, es mag nun diese Annahme aus Unkunde aus hinsichtlich eines Geschehenen oder aus dessen unrichtiger Beurtheilung geschlossen sein, und es ist diese ignorantia sofort bewiesen, wenn die indebiti solutio bewiesen ist. Da nun aber demungeachtet die Condiction hinwegfällt, sobald exceptivisch ausgeführt wird, vergleichsweise sei die indebiti solutio erfolgt, so lag es sehr nahe zu bemerken, dass zwar von dem errore facti die condiction nicht ausgeschlossen werden, nicht aber auch der Kläger ignorantiam juris replicirend vorschützen dürfe, um die vergleichsweise beschehene solutionem indebiti zurückzufordern. Ein Beispiel wird dies erläutern. Der Erbe A. zahlt an Titius ein Legat aus. Die Nichtexistenz des Legates erweisend, indem vielleicht ein Titius mit dem Legate bedacht sein sollte, jedoch ein anderes Individuum desselben Namens, condicirt A. ohne dass danach gefragt wird, ob er die Zahlung unterlassen hätte, wenn er die Disposition secundum regulas artis zu interpretiren verstanden und, weil er dies nicht verstanden, sich in jure geirrt habe. Gezetzt aber A. zahlt als Legat an Titius eine Summe, obschon die Disposition ambiguo sermone abgefasst ist, und wenn er richtig interpretirt hätte, mit Recht sich entweder gar nichts oder doch nur eine mindere als die gezahlte Summe zu leisten würde verbunden erachtet haben. Hier fällt die condictio weg; denn wer da berichtiget, was als eine bestreitbare Forderung erscheint, der spricht

eo ipso aus, dass er darüber nicht streiten, d. h. vergleichsweise wolle bezahlt haben.

Gesetzt aber, um ein schon gebrauchtes, für den vorliegenden Zweck aber eclatantestes Beispiel nochmals anzuwenden. A. soll dem Titius ein Legat von 1000 Thlr. zahlen, wenn er die Lucia heirathet (m. s. l. 48.) und er zahlt, ohne diese geheirathet zu haben *) so condicirt er, obschon er wissen musste, dass er nicht zu zahlen gehalten sei; denn es ist undenkbar, dass zur Zeit der Erbe einen Anspruch des Titius sich als möglich gedacht habe, und einen unmöglichen Anspruch vergleichsweise zu beseitigen hat Niemand die Absicht.

§. 12.

Weitere an l. 10. cit. sich anschliessende casuistische Erörterungen.

Eine Schuld, die auf einem Wechselgeschäfte beruht, existirt nur nach formellen Kennzeichen, wenn von dem Schuldner nicht einmal, dass er Valuta erhalten habe, ist bekannt worden.

Gesetzt nun, es bezahlt dieser den Betrag der allerdings von ihm gezogenen und unter Protest gegangenen, jedoch durch Unregelmässigkeiten bei der Präsentation zu ungültigen Papieren gewordenen Tratten. Er hat indebite gezahlt und er wird condiciren können, wenn sich nicht annehmen lässt, dass er vergleichsweise gezahlt habe, weil der Fall zu den disputablen gehört; dies wenigstens nach röm. Rechte, welches sich, wie schon erwähnt worden, der Schlechtigkeit opponirt, dasjenige zu nehmen, was man nur als Calumniant fordern könnte. Gesetzt aber die Tratten sind novationis causa gegeben, z. B. gekaufte 100 Centner Wolle mit Accepten eines dritten Hauses bezahlt worden. Entrichtet der Geber die auf präjudicirten Papieren beru-

*) Der Fall ist nicht undenkbar: A. ist bereits mit der Lucia versprochen und aufgeboten und setzt darum voraus: die temporaria exceptio könne nunmehr zu keiner perpetua werden, und sie wird es dennoch durch der Braut unerwartetes Ableben.

hende Schuld nicht, so kann der Empfänger nicht die actionem venditi ergreifen; denn diese ist untergegangen in dem Wechselgeschäfte. Angenommen aber der Geber berichtiget die Wechselsumme, obschon die Papiere um Monate zu spät sind präsentirt worden, so wird er dennoch nicht condiciren können, weil im Sinne der röm. Juristen die materielle Verbindlichkeit (m. s. Bd. 1. §. 9. S. 336 — 342), nicht erloschen ist, indem wenn gleich das Recht aus dem Kaufe zu klagen untergegangen ist, doch der redliche Mann den Zufall oder auch von dem Mitcontrahenten begangene Fahrlässigkeiten für keinen Grund ansieht, der ihn zu unentgeldlichen Einkäufen berechtigen könnte.

In allen Fällen also, wo der Kläger zu Tilgung einer blos formellen Verbindlichkeit bezahlt hat und den Beweis vollführt, dass diese nie existirt habe oder wieder erloschen gewesen sei, wird der Beklagte im Gegenbeweise mit Erfolg ausführen können, nicht nur: dass die Frage, ob die formelle Verbindlichkeit vorhanden gewesen sei oder nicht, zu den streitigen gehöre und man darum die Zahlung als eine vergleichsweis, zu Vermeidung des Streites erfolgte anzusehen habe, sondern auch: dass die formelle Verbindlichkeit die Stellvertreterin einer wirklich contrahirten materiellen gewesen sei.

§. 13.

Zu l. 25. de probationibus. (22. 3.) *).

M. vergl. mit §. ult. l. cit. des Justinus Generalsanction in l. 13. C. de non num. pec.

*) Paulus lib. III quaest. Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam acceperit. Etenim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam accepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non de-

(4. 30.) *) und man überzeugt sich ohne Weiteres, dass bei l. 25. cit. die Compilatoren auch Interpolatoren

biti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus, personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. §. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere. §. 2. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae indebita est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eas pecunias dependit, ipsum omnino hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse indebita contendunt, haec ostendere exigit. §. 3. In omnibus autem visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendae religionis ei servando. §. 4. Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Si autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquatur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipsi specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

*) Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit

gewesen sind, dass sie, des Justinus Sanction dem Paulus in den Mund legend, den Paulus sagen lassen, was weder diesem, noch irgend einem andern classischen Juristen jemals in den Sinn gekommen wäre, denn dass ein Geschäft, für welches blos eine causa civiliter obligans, eine cautio (d. i. stipulatio in scripturam redacta) vorhanden ist, um verbindend zu sein, erst noch von demjenigen, dem das Versprechen ist gethan worden, den Beweis erfordere, es liege der zunächst blos nach formellen Kennzeichen vorhandenen Verbindlichkeit eine materielle zu Grunde, z. B. die in einer cautio angegebene Summe sei der Aussteller dem Inhaber der Schuldverschreibung aus einem mit demselben abgeschlossenen Kaufgeschäfte schuldig, ein solcher die causam civiliter obligantem geradezu annulirender Grundsatz, musste den Ansichten der classischen Juristen fremd sein und ist ihnen fremd geblieben, denn sonst hätte Justinus nicht erst generaliter zu sanciren gebraucht, was l. 13. cit. verordnet. Demnach ist §. ult. l. 25. cit. ein emblema des Tribonian. Dass aber auch der übrige Inhalt der Stelle interpolirt sei, wird jedem mit der Sprache der classischen Juristen Vertrauteren bemerklich, auch wenn er verabsäumt haben sollte, sich nach Anleitung Wyssenbachs in den Emblem. Triboniani von den zahlreichen Gräcismen zu überzeugen, womit das Fragment überladen ist. Das Proömium ist vielleicht vollständig nicht; dass aber jedenfalls bei §. 1. die Interpolation anhebt, das beweisen schon die Worte simplicitate gaudens et desidiae deditus*). Wie unverkennbar es aber auch sein möge,

causae probationem stipulatorem exigere, quum suis confessionibus acquiescere debeat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

*) Beiläufig die Bemerkung, dass nur der Unkundige das simplicitate gaudere belächeln wird, denn es beziehen diese Worte

dass l. 25. cit. interpolirt ist, unsere Stellung zum Corpus Juris macht auch die Interpolation zu einem Gesetze.

§. 14.

Fortsetzung; über Verständniss und Anwendung der l. 25. cit.

1) Schon der Umstand, dass*) dem Paulus in den Mund gelegt ist, was Justinian in dem Rechtsbuche wissen wollte, verpflichtet uns, den Inhalt der Stelle, so viel nur irgend möglich, mit der aus dem Titel de condict. indebiti sich ergebenden Theorie in Uebereinstimmung zu setzen. Denn da die Interpolation als solche und nicht in Gestalt einer dem Pandektenrechte ausdrücklich derogirenden Vorschrift erscheint, so hat sie allem Ansehn nach nichts Neues, sondern nur die übliche Praxis in bestimmteren Sätzen aussprechen sollen.

2) Eine Interpretation zu versuchen, welche dem Wortverstande eine modificirte Anwendung giebt, dazu fordert die Stelle dringend auf, weil wir sonst und wenn wir bei dem strengen Wortverstande stehen bleiben, in Widersinnigkeiten gerathen, wie dieselben in keines Gesetzgebers Absicht liegen können, selbst wenn seine Befähigung zum Gesetzgeben die allergeringste wäre.

Denn wäre es etwas andres, wenn nach dem Proömium Niemand ein indebitum condiciren soll, der nicht beweisen kann, dass des Empfängers Arglist oder, in sofern

(m. vgl. Wyssenbach am a. O.) sich auf die Unsicherheit in Geschäften des bürgerlichen Lebens, welche mit der zurückgezogenen Beschaulichkeit in einem klösterlichen Aufenthalte verbunden zu sein pflegt und in Hinsicht auf ihren Ursprung allerdings etwas Erfreuliches kann genannt werden.

*) Nicht interessirt in der vorliegenden Beziehung §. 3, wo nicht von dem Beweis- und Gegenbeweisthema, sondern von den Beweismitteln gehandelt wird. Wie bedeutend aber auch §. 3. ist, um die Interpolation linguistisch nachzuweisen, hat Wyssenbach auseinandergesetzt.

er sich nur auf einen Irrthum zu beziehen vermag, in den nicht der Gegner ihn versetzt hatte, eine absonderlich anerkannte ignorantiae causa obgewaltet habe? Nicht nur ist dies eine dem Pandektenrechte ganz fern liegende Verkehrtheit, da nach diesem Niemandes Fahrlässigkeit an und für sich selbst einen Grund zu Bereicherung eines andern abgeben soll, sondern es ist damit auch (weiter unten werden wir darauf umständlicher zurückkommen) §. 2 unvereinbar.

Ferner: Weiber, Landleute, Klostermänner u. s. w. (m. vgl. §. 1. l. c.) wissen eben so gut als Lehrer des Pandektenrechtes, dass man, um einen Kaufpreis schuldig zu sein, gekauft haben muss, und eben so wenig, als der sorgsamste Hausvater sind diese Personen geneigt, eine fictionem juris vorzunehmen, um, ohne gekauft zu haben und ohne etwas schuldig geworden zu sein, ein angebliches Kaufgeld, überhaupt eine angebliche Schuld zu berichtigen; und dennoch soll jede dieser Personen, sobald sie anführt und beweist, etwas als Kaufgeld oder irgend eine Schuld berichtiget zu haben, den Empfänger in die Nothwendigkeit versetzen, entweder das Empfangene zurückzuzahlen oder den Beweis zu führen, dass die klagende Person nicht nach Tollhäusler Weise mit ihrem Gelde gebahrt habe.

Endlich: (m. s. §. 2. l. c.) wer einmal annimmt, dass Personen der obgedachten Classen allemal, wo sie eine Zahlung geleistet haben, präsumtiv indebite gezahlt haben, kann mit noch besserem Fug annehmen und muss um der Consequenz willen annehmen, dass, wo dergleichen Personen zu zahlen wirklich schuldig sind, sie doch in der Regel mehr, als die wirkliche Schuld bezahlen; denn weniger extravagant ist es, statt schuldiger 100 Thlr. die Snmme von 150 Thlr. zu erlegen, als 100 Thlr. zu zahlen, wo man nicht einen Thaler schuldig ist. Allein das Gesetz verleugnet diese Consequenz, und behandelt eine Frau, die z. B. Leinewand bezahlt hat und über den Kaufpreis an 20 Thlr. indebite 10 Thlr. bezahlt zu haben behauptet, gleich jedem andern indebite Zahlenden und

legt ihr auf zu beweisen, nur 20 Thlr. sei sie schuldig gewesen.

Diese Bemerkungen reichen aus, uns zu überzeugen, dass l. 25. cit. einer modificirenden Interpretation bedarf, wenn die Anwendung der Stelle nicht in Absurditäten verwickeln soll, wie dieselben zu sanctioniren kein Gesetzgeber die Absicht hann gehabt haben.

Aufschluss über die der Interpolation zu Grunde liegende Absicht giebt uns §. 4. l. cit. Hier wie in l. 13. C. cit. spricht sich die Maxime aus: eine nach blos formellen Kennzeichen und so, dass nicht zugleich ein adäquater materieller Grund der Verbindlichkeit vorliegt, vorhandene Schuld soll als keine Schuld und das Geschäft, auf welchem dieselbe beruhet, als negotium sine causa contractum so lange angesehen werden, bis der daraus Berechtigte eine der formellen Verbindlichkeit adäquate materielle nachzuweisen im Stande ist. Nehmen wir nun an, dass, wie §. 4., von einer blos nach formellen Kennzeichen vorhandenen ungetilgten Verbindlichkeit spricht, der übrige Inhalt der Stelle sich hauptsächlich auf getilgte Verbindlichkeiten gleicher Art und auf den Fall bezieht, wo der Kläger condicirt, weil er behauptet bezahlt zu haben, was er nur nach civilrechtlicher Form, nicht aber materiell schuldig gewesen sei, indem er entweder keine valuta erhalten oder eine Exception die materielle Verbindlichkeit gehoben habe, so läuft alles was l. 25. cit. enthält, auf sehr einleuchtende und zusagende Sätze hinaus. Dies soll jetzt nachgewiesen werden. Gelingt dies, so ist damit zugleich dargelegt, dass des Gesetzgebers Absicht richtig aufgefasst und conform dieser Absicht das Gesetz restrictiv zu erklären ist.

Gesetzt also: — m. vgl. das Pr. — A. libellirt also:

a) dem B. habe ich 100 Thlr. gezahlt;

b) diese 100 Thlr. habe ich bezahlt zu Berichtigung eines an denselben ausgestellten Schuldscheins.

c) allein ich bin ihm nichts schuldig gewesen; denn ich habe den Schein in der Meinung ausgestellt,

mein Erblasser habe die valuta erhalten, das aber ist nicht der Fall gewesen.

Leugnet der Beklagte gegen die Wahrheit den Satz unter a und beweist der Kläger denselben, so ist es sehr vernünftig, den B., bis derselbe im Gegenbeweise das debitum ausführt, als ein Individuum anzusehen, das präsumtiver Weise fremdes Geld unberechtigtermaassen an sich behalten will. Räumt aber der Beklagte den Satz unter a ein, so ist es sehr rationell, dass der Kläger nun die Sätze unter b. und c., zugleich aber auch einen besondern dolus des Beklagten oder eine besonders adprobirte ignorantiae causam beweisen muss. Denn nach §. 4. war das Document nicht unbedingt verbindend, sondern es konnte der Schuldner verlangen, der Gläubiger solle noch die materielle causam debendi beweisen. Wer aber die blos formelle Verbindlichkeit*) tilgt, spricht eo ipso aus, dass er transigendi animo bezahlt**) und lieber die formelle Verbindlichkeit aufhebt, als dass er sich einem Processe über die materielle aussetzen will, und was ich transigendi animo bezahlt habe, das kann ich nur zurückfordern, wenn ich beweise, zu dem Vergleiche inducirt worden zu sein, dies entweder durch des Gegners Arglist oder durch eine gegen die Wirkungen des Vergleiches ihm zu statten kommende ignorantia. Dolus des Empfängers ist vorhanden nicht nur, wenn er mich geflissentlich getäuscht, soudern auch wenn er wissend, dass ich indebite zahle, das Geld genommen hat; denn da Niemand indebite zahlt, so weiss der Empfänger, wenn diesem die indebita qualitas bekannt ist, dass der Andere aus Irr-

*) Diese ist vorhanden, obschon dem Schuldner freisteht, dem Gläubiger Beweis der causae debendi specialis abzufordern. Das cautionem indebite esse expositam ist eine Ausflucht.

**) Noch entschiedener legt der animus transigendi sich dar, wo das Schuldbekenntniss entweder die causam debendi specialem ausspricht und also der Schuldner nicht in dem Falle ist, exceptivisch einen ergänzenden Beweis von dem Gläubiger zu fordern, oder (wie in Sachsen nach §. 5. Anh. der Erl. Pr.-Ordn.) auch cautiones indiscrete loquentes das unbedingte Klagerecht geben.

thum zahle und dolus ist es, eines Andern Irrthum zur Quelle eigenen Gewinnes machen zu wollen. (M.s. S. 30) Ist der Empfänger nicht in dolo, so muss der Geber justam ignorantiae causam beweisen. Es ist nicht genug, dass er das Document indebite ausgestellt hat. Denn die contrahirte formelle Verbindlichkeit ist ein selbstständiges Geschäft und gegenseitig verbindende Geschäfte können nicht dadurch aufgehoben werden, dass ein Theil behauptet und ausführt, er habe das Geschäft abgeschlossen, weil seinerseits ein Irrthum obgewaltet habe. Es muss vielmehr, wenn der Irrthum beachtet werden soll, ein solcher besondrer Irrthum obgewaltet haben, mit dem eine Parthei gehört zu werden ausnahmsweise verlangen kann. Nicht ist es hier am Orte, die justas ignorantiae causas aufzuzählen, aus denen ein Geschäft bestritten und in seinen Folgen rückgängig gemacht werden kann. Darum mag in der vorliegenden Beziehung ein Beispiel genügen: mein Erblasser hat mir aufgegeben, sein Reitpferd dem B. als Legat zu überlassen; ich aber vereinige mich mit B., ihm statt dessen 100 Thlr. zu zahlen, stelle ihm über so viel eine Schuldverschreibung aus und bezahle sie, entdecke aber nachher, dass im Nachlasse sich gar kein Pferd vorfindet. Hier ist die Verschreibung null ob ignorantiam, die Condiction begründet und nicht kann mir zur Last fallen, unerkundet gelassen zu haben, was ich vielleicht vor Ausstellung des Scheines hätte erkunden können; denn A. und B. waren einig, die 100 Thlr. sollten das Surrogat eines existirenden Pferdes sein und da das Surrogat wegfällt, sobald es nichts giebt, an dessen Stelle es treten könnte, so verstand es sich von selbst, dass die 100 Thlr. wegfielen, wenn kein Pferd des Erblassers existirte. A. wird also nur zu beweisen haben, dass ein solches nicht existire, alsdann ist der Irrthum bewiesen, weil präsumtiv Niemand anders als aus Irrthum cautiones indebite ausstellt. Hat sich aber A. in ignorantia befunden, so hat er auch, da er den Um-

ständen nach zu keinen besondern Nachforschungen veranlasst war, justam ignorantiae causam für sich.

Nach allen dem ist das Pr. sehr rationell und mit des Verfassers Theorie vollkommen übereinstimmend, wenn man dasselbe auf Berichtigung einer indebite ausgestellten cautionem indiscrete loquentem bezieht *). Auch übersehe man nicht, dass die Worte in §. 2. ... secundum generalem regulam quae eos qui ... solvisse indebita contendunt haec ostendere exigit (d. h. „nach allgemeiner Regel ist der Grund der condictio indebiti bewiesen, wenn die indebite facta solutio dargethan ist.“) durchaus mit l. 1. C. de cond. ind. cit. harmoniren und also die Worte im Pr. per dolum u. s. w. nothwendig in einem restrictiven, sich zu jener Regel nur als Ausnahme verhaltenden Sinne verstanden werden müssen.

Zu §. 1. l. 25. cit. bemerke man, dass die hier genannten Personen sämmtlich zu solchen Classen gehören, in denen die experientia rerum forensium nicht vorausgesetzt wird. In dem Mangel dieser experientia liegt (§. 1. cit.) der Grund der Disposition und nur insoweit als die imbecillitas sexus den rebus forensibus nicht gewachsen ist, bevormundet das Röm. Recht die Frauen. M. s. Ulpiani fragm. tit. XI. §. 1. Während es nun allerdings ein negotium forense ist, ein blos durch seine civilrechtliche Form verbindendes Geschäft abzuschliessen und in Folge desselben Zahlung zu leisten, wird Niemand ein Geschäft, wie es der alltägliche Verkehr des gewöhnlichen Lebens mit sich bringt, für ein negotium forense, für ein solches halten, das des Landmannes und der Frauen Beurtheilung überstiege. Wohl aber kann man annehmen: propter imbecillitatem sexus et deficientem rerum forensium experientiam möchte eine Frau eine indiscrete loquentem cautionem bezahlen, ohne, wie es jedem andern Briefschuldner nach §. 4. freisteht, von dem Gläubiger den Beweis der

*) Die Anwendung auf andere, die speciellè causa debendi ausdrückende Verschreibungen macht sich von selbst.

speciellen causae debendi zu erfordern; und in Folge dieser Annahme ist es auch vollkommen vernünftig, dem unter solchen vorausgegangenen Umständen von einer Frau condictione indebiti Belangten den Beweis aufzuerlegen, dass er debite empfangen habe. Dadurch wird derselbe einer Frau gegenüber zu weiter nichts verpflichtet, als auch noch nach dem Empfange zu thun, was ein Andrer nur vor der erfolgenden Zahlung von ihm verlangen darf. Wie wenig dem Schreiber dessen, was wir in l. 25. cit. lesen, es in den Sinn gekommen ist, den Frauen und den Landleuten nicht einmal diejenige Geschäftsfähigkeit zuzutrauen, zu deren Beurtheilung der blosse gesunde Menschenverstand ausreicht, beweist §. 2.*), wo die in §. 1. sanctionirte Bevorrechtung in gebührende Gränzen verwiesen wird.

Dem Leser bleibt anheimgegeben, ob er nach des Gesetzgebers erkennbarer Absicht und dadurch bedingter restrictiver Auslegung der l. 25. cit. diese Stelle der Pandekten, unserer Quelle für Erkenntniss der juristischen ratio scripta, auf rationelle, oder, von jener Auslegung abstrahirend, auf höchst irrationelle Weise in Anwendung bringen will.

§. 15.

Recapitulirende Uebersicht der aufgestellten Sätze.

Bei der condictio indebiti hat der Kläger anzuführen und, im Falle, dass Beklagter es leugnet, zu beweisen: — m. s. §. 2. S. 3. u. 4. —

a) er habe an den Beklagten eine Zahlung gemacht, und zwar

b) in der Maasse, dass dieselbe als Tilgung einer von ihm an den Kläger abzutragenden Schuld bezeichnet worden sei;

*) Nach dem was zu l. 1. C. de non numer. pec. gesagt ist, besorgt der Verfasser nicht, dass das „per errorem“ und „nesciens“ in §. 2. cit. zu einem Argument werde gemacht werden, um zu belegen, bei cond. indebit. bilde die ignorantia einen integrirenden Bestandtheil des Beweisthema's.

c) die als eine an Beklagten abzutragende bezeichnete Schuld habe nicht existirt, entweder überhaupt nicht, oder weil sie (m. s. §. 11. S. 33 flgde) durch eine Ausflucht zerstört gewesen.

Es wird aber

2. der Satz unter c., insofern nicht Beklagter in dem Gegenbeweise, dass die Schuld wirklich existirt habe, ausführen sollte, für präsumtiv wahr angesehen, wenn Kläger durch das Leugnen des Beklagten die Sätze unter a. und b. zu beweisen ist genöthiget und der Beweis von Ersterem vollführt worden (m. s. §. 14. S. 42 flgde).

3. Beklagter kann den in Liquidität gesetzten Klagegrund elidiren, indem er direct oder indirect ausführt (m. s. §. 6—9. S. 17 flgde): vergleichsweise sei die Zahlung erfolgt; und indirect führt er dieses aus, wenn er darthut, wörtlich oder thatsächlich habe bei der Zahlung der Kläger erklärt, er halte sich nicht für verbunden zu zahlen. Hingegen

4. wird (m. s. §. 11. S. 33 u. 37) Kläger nicht mit der Replic gehört, dass er die ausdrücklich oder faktisch vergleichsweis bewirkte Zahlung in Folge eines Rechtsirrthumes geleistet habe.

5. In dem Falle, wo die Zahlung ist bezeichnet worden als bestimmt, eine nach blos formellen Kennzeichen vorhandene Verbindlichkeit zu tilgen, kann Beklagter den Beweis des Klägers, dass diese Verbindlichkeit nicht existirt habe, durch den Gegenbeweis elidiren, indem er darthut (m. s. §. 12. S. 38), dass, der Nichtexistenz der gedachten Verbindlichkeit, ungeachtet eine gleich grosse materielle Verbindlichkeit bestanden habe, als deren Stellvertreterin die nicht existirende formelle angesehen worden sei.

6. Der Kläger, welcher, was er zu Tilgung einer wirklich, jedoch nur nach blos formellen Kennzeichen vorhandenen Verbindlichkeit gezahlt hat, um deswillen condiciren will, weil diese Verbindlichkeit bestimmt gewesen sei, die Stelle einer materiellen zu ver-

treten, die aber nicht existirt habe, hat zu beweisen nicht nur,

a) dass die materielle Verbindlichkeit nicht existirt habe, sondern auch,

b) dass es dem Beklagten als dolus, oder doch nicht ihm, dem Kläger als unentschuldbarer Irrthum zur Last falle, dass demohngeachtet die Berichtigung der formellen Verbindlichkeit erfolgt ist.

7. Wenn Personen, welchen (m. s. §. 14.) die Rechtsunkunde nachgesehen wird, eine Zahlung als Nichtschuld condiciren, und es beweisen dieselben, dass die Zahlung zu Berichtigung einer nach blos formellen Kennzeichen vorhanden gewesenen Verbindlichkeit erfolgt sei, so reicht dies zu des Beklagten Verurtheilung aus, insofern derselbe nicht darzuthun vermag, dass eine materielle, der berichtigten formellen adäquate Verbindlichkeit existirt habe.

II.

Ein Beitrag zu dem Wasserrechte.

Indem der Verfasser mittheilt, wie ein gleich näher anzugebender, in das Wasserrecht einschlagender Streit von dem K. S. O.-A.-Gerichte zwei vorhergegangenen übereinstimmenden Entscheidungen ganz entgegengesetzt ist beurtheilt und durch welche Gründe dies Urtheil ist motivirt worden, liegt ihm vor allen Dingen ob, zu erklären, dass hierbei sein ganzes Verdienst sich eben nur auf diese Mittheilung beschränkt, welche ihm um deswillen der Mühe werth schien, weil die in der Beifuge unter B. enthaltenen Rationen das in dem röm. Rechte mit dem Namen vetustas bezeichnete Verhältniss auf eigenthümliche Weise fixirt und dadurch einen, so viel dem Verfasser bekannt, neuen Rechtssatz über die Requisite einer Verjährung aufgestellt haben, durch welche ein Grundstücksbesitzer berechtiget werden kann, zu verlangen, dass auf dem benachbarten Grundstücke eine künstliche Vorkehrung nicht zerstört werde, die ihm entweder Wasserbedarf zugeführt oder Wasserzufluss abgehalten hat, welcher bei unveränderter Natur der Localitäten sein Grundstück auf eine die Bewirthschaftung desselben benachtheiligende oder doch erschwerende Weise treffen würde. Des Verfassers Ansichten über dasjenige, was das röm. Recht vetustas nennt und die praktischen, an diesen Begriff sich anschliessenden Folgen sind in dessen Abhandlungen über auserwählte Materien des Civilrechtes, Leipzig 1824 in Verbindung mit einem Aufsatze über unvordenkliche Verjährung dargelegt. Da er die dort ausgesprochenen Ueberzeugungen noch jetzt für richtig hält, so ist jeder Leser, der ein Interesse dabei hat, röm. Rechtstheorie und Praxis in einer gewiss nicht unerheblichen Beziehung zu vergleichen, dazu durch jenen Aufsatz in den Stand gesetzt.

Der Fall war folgender: der Kläger besass einen Acker, an den gegen Abend eine höher liegende Wiese des Beklagten gränzte. Auf dieser Wiese hatte, nach des Klägers Anführen, 31 Jahre 6 Wochen und 3 Tage lang, ja seit undenklichen Zeiten, sich ein von Süden nach Norden gezogener Graben befunden, welcher, wie Kläger weiter anführte, nur deshalb angelegt und fort und fort unterhalten worden war, damit das ausserdem der natürlichen Beschaffenheit der Localitäten nach von Abend her auf Klägers Acker sich ergiessende Regen- und Schneewasser abgehalten würde. Beklagter hatte diesen auf seinem Grund und Boden befindlichen, nicht natürlichen, sondern künstlichen Graben zugeschüttet. Das Klaggesuch, welches dahin ging, es solle Beklagter den Graben wieder so herstellen und denselben unverändert so lassen, wie derselbe vor der Zuschüttung beschaffen gewesen sei, war in der Klage nur dadurch begründet, dass der Graben während der angegebenen Zeit existirt habe.

Ein Gerichtsbescheid wies die Klage in der angebrachten Maasse ab; dies aus Gründen, welche die Beilage unter A. enthält und das Appellationsgericht zu Bautzen in einem bestätigenden Urthel, ohne Zusatz oder Abänderung, für richtig erachtet hat. Das O.-A.-Gr. hat die Klage aufrecht erhalten, und sie für factisch begründet erachtet, daferne Kläger bewiese, dass jener Graben während 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen bestanden habe. In einer andern, einen gleichen Streit betreffenden Sache sind späterhin nochmals diejenigen Ansichten befolgt worden, welche der gedachten reformatorischen Entscheidung zu Grunde liegen und, wie schon gesagt, in der Beilage unter B. dargelegt sind.

A.

Vorliegende Klage ist, um deren Statthaftigkeit zu beurtheilen, aus dem zweifachen Gesichtspunkte einer actio confessoria oder einer actio aquae pluviae arcendae zu betrachten. Dass selbige als erstere nicht auf-

recht erhalten werden könne, leuchtet sofort ein, da ein Eigenthümer mit dem Seinigen in der Regel nach Willkühr schalten und walten kann, wenn er dadurch nicht wohlerworbenen Rechten eines Dritten Eintrag thut, mithin auch Beklagter den fraglichen Graben nach Belieben zuschütten lassen konnte, insofern ihm nicht eine von Seiten des Klägers bereits wohlerworbene Servitut entgegenstand. Diese Servitut, nach welcher Beklagter nicht etwas leiden, sondern etwas unterlassen sollen, würde aber negativer Art sein, zu deren Erwerb durch Verjährung also das Anführen und der Beweis eines lediglich durch Widerspruch und dessen rechtsverjährte Zeit hindurch stattgefundene Beachtung zu begründenden Verbietungsrechtes gehören;

Curtius Handbuch des sächsischen Civilrechtes Th. II. §. 459. u. 1013.

und wollte man auch die specielle Anführung dieser das Verbietungsrecht begründenden Thatsachen nach dem in der Praxis angenommenen Grundsatze, dass es bei Realklagen der Anführung des entfernten Klaggrundes nicht bedürfe, für unnöthig halten, so wird in der Klage doch nicht einmal im Allgemeinen auf ein Verbietungsrecht, sondern lediglich darauf Beziehung genommen, dass der Graben seit rechtsverjährter Zeit bestanden habe.

Aber auch die actio aquae pluviae arcendae erscheint nach dem factischen Inhalte der Klage, denselben durchgängig als erwiesen angenommen, nicht begründet.

Diese Klage steht nämlich gesetzlich gegen denjenigen Besitzer eines Feld- oder Gartengrundstücks zu, welcher auf diesem eine Anlage (ein opus manu factum) errichtet hat, durch welches das fliessende oder Regenwasser gegen seinen natürlichen Lauf auf ein benachbartes Grundstück geleitet wird, wogegen dieselbe dann hinwegfällt, wenn das Herabfliessen des Wassers auf das benachbarte Grundstück vermöge seines natürlichen Laufes stattfindet.

l. 1. pr. §. 1. und 10. D. de aqua et aquae pluviae etc.

Curtius, sächs. Civilrecht Th. III. §. 1218.

Nun führt Kläger an, dass auf des Beklagten höher liegendem Grund und Boden ein angelegter Graben sich querhin gezogen habe, durch welchen das von der Höhe herabfliessende Regenwasser von seinem tiefer liegenden Grundstücke abgehalten worden sei.

Dieser Graben selbst war somit ein opus manu factum, durch welches der natürliche Abfluss des Wassers verändert wurde und durch Zuschüttung des Grabens ist lediglich der natürliche Abfluss wieder hergestellt worden. Kläger verlangt daher nicht die Entfernung eines opus manu factum und Wiederherstellung des natürlichen Abflusses, sondern vielmehr die Unterhaltung einer diesen verändernden Anlage. Hierzu berechtigen aber die bezogenen Gesetzstellen nicht und am wenigsten könnte hier, wo eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung in Frage steht, extensive Interpretation Anwendung leiden.

Zwar verhält sich die Sache allerdings anders, wenn eben vermöge einer von jeher bestandenen Anlage ein per vetustatem begründeter natürlicher Wasserlauf anzunehmen ist; aber auch dies ist hier nicht der Fall, da nach der in der Klage beschriebenen Localität von keinem wirklichen Gewässer oder bestimmten Wasserlaufe die Rede ist, den jener Graben zeither aufgenommen hätte, dieser vielmehr lediglich dazu gedient hat, das in der ganzen Breite der höher gelegenen Grundstücke herabfliessende Regenwasser aufzufangen und von den tiefer gelegenen Grundstücken abzuhalten.

Unter diesen Umständen war die erhobene Klage für, jedoch nur in der angebrachten Maasse, unstatthaft zu erachten.

B.

Es ist die angestellte Klage um deswillen in der angebrachten Maasse abgewiesen worden, weil sie weder als actio confessoria betrachtet werden könne, indem Kläger sich auf kein Verbietungsrecht bezogen habe,

noch auch als actio pluviae arcendae aufrecht zu erhaltes sei, da diese ein solches opus voraussetze, durch welches das Regenwasser gegen seinen natürlichen Lauf auf ein benachbartes Grundstück geleitet werde; der fol. beschriebene, auf dem Grundstücke des Beklagten befindliche Graben aber als ein solcher bezeichnet werde, durch dessen Zufüllung der natürliche Lauf des von dem höher liegenden Felde des Beklagten herabfliessenden Regen- und Schneewassers wieder hergestellt werde.

Nun kann man dem zwar beipflichten, so viel die Anstellung der Confessorienklage betrifft. Allein als actio aquae pluviae arcendae war die Klage aufrecht zu erhalten, denn einmal kann der Umstand, dass der von dem Beklagten angeblich eingeebnete Graben auf dem ihm eigenthümlich zustehenden Grundstücke sich befindet, von keinem Einflusse gegen die Statthaftigkeit derselben sein, da ein Eigenthümer von seinem vollen Eigenthumsrechte nur insoweit Gebrauch machen darf, als er die Gerechtsame eines andern nicht beeinträchtiget. Dergleichen Beschränkungen des Eigenthumrechtes kommen im römischen Rechte mehrere, und namentlich auch eine solche, wie

Thibaut, System des Pandektenrechtes, achte Ausgabe, Jena 1834. 2ter Th. §. 728. ff.

bemerkt, bei der wegen veränderten Wasserlaufes angestellten Klage vor. Sodann aber ist hauptsächlich zu berücksichtigen, dass es nach dem römischen, durch vaterländische Gesetze hierunter nirgends abgeänderten Rechte — wie sich aus dem Folgenden ergeben wird — zweierlei Gattungen der actio aquae pluviae giebt, und zwar, ausser der gewöhnlichen, bei Veränderung des natürlichen Wasserlaufs anzustellenden, noch eine zweite welche als actio utilis aufgeführt wird,

fr. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39. 3.)

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, Halle 1836. 2ter Th. §. 460.

Es kommt daher bei Beurtheilung und Entscheidung des der Klage untergestellten Falles, auf Beantwortung der beiden Fragen an:

I. Ob die actio aquae pluviae arcendae auch sodann als rechtlich begründet erscheint, wenn — wie so eben nur kürzlich angedeutet worden — der natürliche Abfluss des Regen- und Schneewassers, welcher bisher mittelst eines opus gehindert worden war, durch Zerstörung dieses opus, zum Nachtheile des anliegenden Grundstückes wieder hergestellt wird?

und

II. Ob es in diesem Falle ausreicht, wenn der Eigenthümer des tieferliegenden Feldes, ohne eine andre Servitut in Anspruch zu nehmen, sich nur auf ein opus vetustum bezieht, durch welches das natürlich herabfliessende Wasser, — aqua coelestis, wie es im fr. 1. pr. D. tit. cit. genannt wird — bisher von seinen Feldern abgehalten ward, dessen Hinwegräumung der Besitzer des höherliegenden Grundstücks zu Klägers Schaden veranstaltet hat?

Können diese beiden Fragen bejahet werden, so wird

III. nur noch zu untersuchen sein, welcher Zeitraum in Hinsicht auf die vetustas anzunehmen und zu beweisen sei?

ad I.

Dass unter den sub I. angegebenen Verhältnissen die actio aquae pluviae arcendae mit Erfolg erhoben werden kann, liegt nicht allein schon in dem Wesen und dem Zwecke dieser Klage, sondern wird auch durch Gesetze begründet und durch bewährte Rechtslehrer bestätiget.

Das Wesen und der Zweck dieser Klage ist ganz allgemein, sie geht überhaupt nur darauf, dass einem anliegenden Grundstücke durch das Regen- und Schneewasser nicht mehr, als die Gesetze bestimmen, Schaden zugefügt werden soll. Ob dieser Schade durch Verhinderung des Abflusses des Wassers, mittelst Er-

richtung eines opus, oder durch bewirkte allzuheftige Ergiessung desselben, erfolgt, mittelst Zerstörung oder Hinwegräumung von Vorrichtungen, die schon von Alters her bestanden haben — Aufwürfe oder Graben — und durch welche der Lauf des Regenwassers eine gewisse Direction erhalten hatte, macht keinen Unterschied.

Funcke, Beiträge zum Wasserrechte, im Archiv für civilistische Praxis, 12ter Bd. S. 442.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Greifswalde 1835. 5ter Bd. No. 1.

Sie geht also nicht blos auf Destruirung eines errichteten, den natürlichen Wasserlauf aufhaltenden opus, sondern auch auf Wiederherstellung eines zu meinem Vortheil vorhanden gewesenen opus vetustum. Ob ein solches opus eine Erhöhung oder Vertiefung sei, macht hierbei, nach

fr. 2. §. 4. D. h. t.

Kritz, Abhandlungen über auserwählte Materien des Civilrechts, Leipzig 1824. S. 217.

keinen Unterschied; denn ein solches opus deutet jede Anlage und jede Veränderung des Bodens an, durch welche der natürliche oder auch nur der bisherige Lauf des Regenwassers verändert wird, es mag dadurch bewirkt werden, dass dasselbe sparsamer oder auch gar nicht herabfliesst, oder, dass es sich in grösserer Menge, oder mit mehrerer Heftigkeit ergiesst.

Gesterding, a. a. O.

Diese Grundsätze werden in mehreren Stellen im römischen Rechte festgestellt. Man braucht hierbei nicht auf das Gesetz der XII. Tafeln zurückzugehen, obschon in Tab. VIII. ganz allgemein und ohne einen Unterschied zwischen der Verhinderung oder Beförderung des Herabströmens des Regenwassers anzudeuten, gesagt wird:

si aqua pluvia manu opere manu facto noceat, Praetor arbitros addicito,

denn das neuere römische Recht enthält mehrere Ver-

ordnungen, welche das Angeführte bestätigen. Ulpian erklärt sich hierüber schon deutlich bei Gelegenheit der operis novi renunciatio — bei welcher nach Gesterding, in der angeführten Abhandlung Not. 14. gleiche Verhältnisse, wie bei der actio aquae pluviae statt finden, — im

fr. 1. §. 11. D. de novi operis nunciat (39. 1.).

folgendergestalt:

opus novum facere videtur, qui, aut aedificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat.

Noch deutlicher und unbezweifelt gestattet aber Ulpian, in dem in der Klage angegebenen Falle, das remedium aquae pluviae arcendae.

fr. 1. §. 22. D. de aqua et aquae pluviae arcendae.

Plane, si vicinus opus tollat — si propter hoc opus sublatum, vehementior aqua profluat, vel corrivetur, aquae pluviae arcendae actione agi posse, Labeo confitetur;

und im

fr. 3. §. 2. D. eod.

Si vicinus coeperit — assidua irrigitatione vicino nocere, ait Ofilius neque damni infecti, neque aquae pluviae arcendae actione eum teneri, nisi locum complanavit, eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit.

Siehe auch

Voet, Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

Nun ist in der angestellten Klage angeführt, dass das daselbst angegebene opus, durch welches das Regenwasser von dem Felde des Klägers abgehalten war, von dem Beklagten eingeebnet worden sei, hierdurch aber das Wasser in grösseren Massen auf die Felder des Klägers geworfen werde; es war daher die Klage in dieser Hinsicht aufrecht zu erhalten.

ad II.

Vetustas. Dass, abgesehen von Servituten, auch ein von Alters her bestehender opus oder fossa — ver-

bunden mit der natura loci — zum Fundamente bei Anstellung der actio aquae pluviae dient, lehrt derselbe Ulpian, im

fr. 1. §. 23. D. h. t.

in den Worten:

si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere;

gleichergestalt Paulus,

fr. 2. pr. et §. 2. D. eod.

vetustas, quae semper pro lege habetur,

ingleichen Scaevola im

fr. 26. D. eod.

Scaevola respondit: solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, etsi jus non probatur,

endlich lehrt Ulpian im

fr. 10. D. de servitut. et aqua (8. 5.).

si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere, de jure, quo aqua constituta sit, — sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos tot usum se, non vi, aut clam aut precario.

Vergleiche auch

Funcke, a. a. O.

und

Schneider, über die Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, 5ter Th. S. 349.

Nun will zwar Cassius

fr. 2. §. 3. D. h. t.

die vetustas von der actio aquae pluviae arcendae ausschliessen, und ihm pflichtet

Gesterding im angeführten Buche

bei; allein Paulus verbessert die Ansicht des Cassius und gestattet, wie Ulpian, die Klage, als actio utilis im

fr. 2. §. 5. D. h. t.

quanquam tamen deficiat aquae pluviae actio, tamen opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum.

Von Wichtigkeit für die Anwendbarkeit der vetustas in Streitigkeiten über das Wasserrecht sind ferner zwei Constitutionen des Kaisers Claudius, und der Kaiser Diocletian und Maximinian, in der

const. 6 und 7. C. de servitut. et aqua (3. 34.).

Die 6ste spricht sich also aus:

Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas contra statutam consuetudinis formam carere te non permittat, cum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari;

die 7te Constitution aber verordnet:

si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more et observantia per certa loca profluentis utilitatem certis fundis, irrigandi causa, exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem modum innovetur, providebit.

Wird nun auch in der ersten Constitution hauptsächlich von einer Quelle und in der letzteren von der Bewässerung eines Grundstückes gesprochen, so wird doch in beiden Gesetzen statuta consuetudinis forma, vetus mos und vetus forma, als Norm bei Entscheidung von Wasserrechts-Streitigkeiten festgestellt, ohne dass dabei des Erfordernisses von Besitzhandlungen, wie bei Servituten gedacht wird. In gleicher Weise sprechen sich

cap. 26. X. de verbor. signif. cap. 19. X. de consuetudine in 6to.

und

l. 2. Cod. Theodos. de longi temporis praescriptione (4. 13.).

aus.

Auf den Beweis einer solchen vetustas, abgesehen von einer Servitut, ist auch neuerlich, im Jahre 1835, in einer Wasserlaufs-Streitigkeit vom Oberapp.-Gerichte erkannt worden.

Wendet man diese Grundsätze auf den jetzt in Streit befangenen Fall an, so ergiebt sich, dass es ge-

nügte, wenn der Kläger in seiner Klage, ohne sich auf ein besonders erlangtes Verbietungsrecht zu beziehen, anführte: es sei von Alters ein opus manufactum auf des Beklagten Grundstücke vorhanden gewesen, welches das Regenwasser von seinem Grundstücke abgehalten habe.

Ob übrigens die von dem Beklagten fol. gegebene Erklärung zu dem Einlassungspuncte auf die Klage: „dass er“ — aus der daselbst angegebenen Ursache, — „das unebne Stück Land habe planiren lassen müssen,“ Beachtung verdiene, und ob diese Worte dahin zu deuten sind, dass dieses Planiren nach

fr. 1. §. 3. 8. et 15.
und
fr. 24. princ. } D. h. t.

agri colendi causa habe erfolgen müssen, ist der Ausführung im Gegenbeweise und der künftigen Definitiventscheidung zu überlassen.

Es ist nunmehr nur noch

ad III.

der Zeitraum zu berücksichtigen, welcher zum Beweis der vetustas erforderlich ist. Bei Bestimmung desselben scheinen zwar die Worte im

fr. 2. §. 1. und 7. D. h. t.
fossa, cujus memoria non exstat,

und im

c. 26. X. de verbor. signif.
ex antiqua consuetudine, a tempore, cujus memoria non exstat,

auf eine unvordenkliche Verjährung hinzuweisen. Dieser Ansicht pflichten auch manche Rechtslehrer, namentlich

Boehmer, J. E. P. To. I. Lib. II. Tit. 26. §. 37.
Donellus, Comment. jur. civ. T. X. p. 48.
Schneider, a. a. O. S. 361.

bei. Indessen ist diese Meinung nicht unzweifelhaft; denn Labeo und mit ihm Paulus sagen im

fr 2. §. 8. D. h. t.

cum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, h. e., si factum esse, non ambigatur; nec utique necesse est, superesse, qui meminerint, sed etiam, si quis audiverit eos, qui memoria tenuerint.

In neueren Zeiten sind die römischen Gesetzstellen, welche von der vetustas reden, einer genaueren Prüfung unterworfen worden. Das Resultat dieser Forschungen hat ausgewiesen, dass neben der unvordenklichen Verjährung, oder dem Zeitpunkte, cujus memoria non exstat, bei den Römern noch ein anderer Zustand, die vetustas, angenommen ward.

Kritz, in den angef. Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts, No. 6.

Gesterding, a. a. O. S. 32.

Mehrere verschiedenartige Zeiträume, welche im Corpus juris bei dem Gebrauche des Wortes vetustas vorkommen, hat

Unterholzner, Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipzig 1828. 1ster Th. S. 504. zusammengestellt. Ausser diesen Fällen wird in der const. ult. C. de longi tempor. praescript. (7. 22.) von einer longinquitas temporis von 60 Jahren gesprochen. Dahingegen nimmt die

l. 2. Cod. Theodos. de longi temporis praescr. (4. 13.) einen 40jährigen Zeitraum an,

annorum XL. praescriptio, quam vetustatem leges et jura nuncupaverunt,

und Cujacius hält sogar diese Lesart, nach der Note in der Ritterschen Ausgabe des Codex Theodosianus, To. I. p. 424. für unrichtig und liest: XX. annorum, die römische Verjährungszeit der Immobilien contra absentes, den jedoch Ritter zu widerlegen sucht.

Man kann daher für ausgemacht annehmen, dass für diese Benennung kein bestimmter Zeitraum allgemein gesetzlich festgesetzt ist, sondern das Ermessen des Richters eintreten muss. Daher ist es erklärlich,

dass die Rechtslehrer hierbei verschiedener Meinung sind, indem die zuvor angeführten eine unvordenkliche Verjährung verlangen, andere hingegen, wie z. B.

Unterholzner, a. a. O. S. 506.

den Beweis eines 40jährigen Zeitraumes bei der vetustas erfordern. Da jedoch das Verhältniss, um welches es sich bei der actio aquae pluviae handelt, in den Gesetzen mit dem einer Servitut verglichen wird,

fr. 1. §. 23. D. h. t.

zu Erlangung einer Servitut aber nach sächs. Rechte, die gewöhnliche Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erforderlich ist, so war diese Frist auch im vorliegendenFalle für hinlänglich zu halten.

Auf gleiche Weise ist von dem vormaligen Appellationsgerichte im Jahre 1828 erkannt worden.

III.

Das Retentionsrecht, als Mittel ein forum arresti zu begründen*).

Zwischen einem Kupferstecher T. einer-, und S., dem Besitzer einer Zeichnung andrerseits, war bei des letzteren temporärem Aufenthalte in X., einer Stadt des Königreiches Sachsen, schriftlich ein Contract errichtet worden, laut dessen ersterer übernommen hatte, die gedachte Zeichnung binnen einer gewissen Zeit in Kupfer zu stechen und die Kupferplatte, nach deren Vollendung gegen Bezahlung des in dem Contracte bedungenen Honorars in X. auszuantworten.

Noch während des S. Aufenthalt in X. forderte T., mittelst einer um formeller Mängel willen abgewiesenen Klage das contractmässige Honorar für die binnen der gesetzten Zeit vollendeten Platte, welche er sich bereit erklärte, gegen die Zahlung entweder an S. selbst zu übergeben, oder wen derselbe zur Empfangnahme beauftragen würde. Bevor T. zu Erreichung des nemlichen Zweckes anderweit klagte, hatte S. sich aus dem Königreiche Sachsen wiederum hinwegbegeben, und als die anderweite Klage eingereicht wurde, weder Kläger, noch die Behörde, noch irgend Jemand namhafter Weise davon Kunde, wo derselbe anzutreffen sei. Demungeachtet behauptete des T. Sachwalter, dass S., hinsichtlich des bemerkten Streites immer noch vor der Behörde zu X. Recht zu nehmen und zu leiden habe, indem er zugleich die Möglichkeit an denselben auf legale Weise auszufertigen, durch Benennung eines Sachwalters nachwies,

*) Veranlassung und Befugniss, die Beilage unter E. zu veröffentlichen, findet der Verfasser in der Verbindung, welche zwischen dieser Beilage und dem B. 2. S. 36 flgde. behandelten Rechtsfalle stattfindet. Auch hier beschränkt sich sein Verdienst auf das der Mittheilung.

dem während des Aufenthaltes in X. der Beklagte eine nicht widerrufene Generalvollmacht ertheilt hatte.

Als Grund der Behauptung: immer noch und obschon des S. temporäres Unterthanenverhältniss erloschen sei, habe derselbe hinsichtlich der bemerkten Sache vor der Behörde in X., Recht zu nehmen, führte T. an und wies derselbe nach, dass bei ihm für Rechnung eines Dritten, des C., wegen einer dem C. an S. zustehenden liquiden Forderung, Arrest auf die Platte gelegt sei, und da nun ihm, dem T., das Retentionsrecht an der Platte, und somit ein ohnehin besseres Recht zustehe, als der blosse Arrest gewähren könne, habe er nicht erst seinerseits um das Forum arresti zu begründen, dieselbe mit Arrest zu belegen gebraucht, sondern statt dessen wolle er dem bereits von jenem Dritten ausgebrachten Arreste adhäriren, was um so mehr die beabsichtigte Wirkung haben müsse, als nach Inhalt des Contractes X. der Ort sei, wo er die Platte an S. zu übergeben habe.

Unter diesen Umständen ward an des Beklagten Generalbevollmächtigten ausgefertiget, der jedoch dessen Vertheidigung unter der ausdrücklichen Protestation führte, sich derselben nur für den Fall unterziehen zu wollen, dass man das forum für begründet ansähe.

In erster und in zweiter Instanz ist die Klage — m. s. die Beilagen unter C. D. — als vor einer incompetenten Behörde angestellt, abgewiesen, in letzter Instanz aber über das Materielle des Streites entschieden worden, weil man aus den unter E. zu lesenden Gründen der Ansicht des Klägers beistimmte.

C.

Der Gerichtsstand des geschlossenen Contractes kann in vorliegendem Rechtsstreite um deswillen nicht Platz ergreifen, weil nach allgemein bestehendem Gerichtsgebrauche

Glück, Pand. Comment. Th. 6. §. 516. S. 303 f.

Bielitz, über den versch. Gerichtsstand in Sachsen, §. 9. und die Note d. e. f. S. 29. angeführten Auctoritäten,

zu dessen Begründung erfordert wird, entweder dass der Beklagte am Orte des Contractes persönlich anwesend, oder doch daselbst mit Grundstücken angesessen sei, von welchen Voraussetzungen in vorliegendem Falle weder die eine, noch die andere vorhanden ist, da sich Beklagter, wie auch Kläger selbst zugiebt, bereits vor Anstellung der Klage nach Y. begeben und überhaupt nirgends einen festen Wohnort und Aufenthalt hat.

Eben so wenig begründet erscheint die hier angestellte Klage, wenn man X. als den Ort des angelegten Arrestes betrachtet.

Einmal nemlich ist die vom Kläger in Folge Contractes gelieferte und mit Arrest belegte Kupferstichplatte nicht, wie Kläger fol. dafür hält, Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites, denn dieser hat die Erfüllung des Contractes, nicht aber einen Streit über Eigenthum oder Besitz jener Platte zum Gegenstande, da vielmehr Kläger verlangt, dass Beklagter selbige gegen Erfüllung der Contractsbedingungen in Empfang nehme.

Und wenn schon zweitens der von C. hinsichtlich jener Platte ausgebrachte Arrest die damit verbundenen Vortheile nach

Erl.-Proc.-Ordnung Tit. 51.

auch den übrigen Gläubigern des Beklagten, selbst wenn diese nicht besonders darum nachgesucht haben, gewährt, mithin Beklagten nach

Glück, Pand. Comment. Th. 6. §. 520. S. 331. ff.

Bielitz, a. a. O. §. 8. S. 24. ff.

deshalb in X. dingpflichtig machte, so erstreckt sich dennoch der dadurch begründete Gerichtsstand, wie der letztgedachte Schriftsteller nachweist, und das

Gesetz vom 26sten October 1834. Gesetzblatt S. 245. unter VI.

ausdrücklich bestätiget, theils nur auf Competenz des Richters, hinsichtlich der Frage über Anlegung und

Relaxation des Arrestes, theils auf Entscheidung über die den verkümmerten Gegenstand selbst betreffende Hauptklage, welche aber, wie bereits oben nachgewiesen wurde, hier nicht vorliegt, da vielmehr Beklagter die Annahme der mit Arrest belegten Kupferstichplatte verweigert.

Abgesehen aber auch von vorstehenden Gründen, so konnte vorliegende Klage noch drittens um deswillen den beabsichtigten Erfolg einer Entscheidung in der Hauptsache nicht herbeiführen, weil die Ladung auf selbige zum ersten Termine, nach ausdrücklicher Bestimmung der

Erl. Process-Ordnung Tit. 4. §. 2. u. 3.

Griebner, Discurs zu §. 3. unter den Worten:

„Alle und jede“

Beklagten persönlich, mittelbar oder unmittelbar, behändigt werden musste, die Insinuation der Ladung an Bevollmächtigte hingegen, — selbst wenn eine Generalvollmacht eine Provocation des Gerichtsstandes enthielte, wie dennoch der Fall nicht ist, weil zu letzterer specieller Auftrag erforderlich ist — nur für die späteren Termine nachgelassen bleibt, es mithin Klägerm oblag, entweder den gegenwärtigen Aufenthalt des Beklagten auszumitteln und Behufs zu erlassender Requisition dem Gerichte anzuzeigen, oder die zu dessen Ausmittelung sonst geeigneten Anträge zu stellen, da die Erlassung von Edictalien nach

von Langenn und Kori Erörter. Th. I. S. 144 ff.

der 2ten Ausg.

nur auf bereits anhängig gemachte Processe, in welchen also die Competenz des Gerichtes bereits begründet ist, anwendbar erscheint.

Es war daher vorliegende Klage als noch zur Zeit unstatthaft abzuweisen.

D.

Anlangend zunächst den Gerichtsstand des angelegten Arrestes, so hat man selbigen nach Inhalt der dem Erkenntnisse erster Instanz beigefügten Entscheidungs-

gründe um deswillen für ausgeschlossen geachtet, weil die mit Arrest belegte Kupferplatte nicht der eigentliche Gegenstand des nur die Erfüllung eines Vertrages, nicht aber das Eigenthum oder den Besitz derselben bezielenden Rechtsstreites sei, die Competenz des Richters, in Ansehung des fori arresti aber, theils auf die Frage über Anlegung und Aufhebung des Arrestes, theils auf Entscheidung über die den verkümmerten Gegenstand selbst betreffende Hauptklage sich beschränke. Dieser Grund reicht jedoch nicht aus, die ertheilte Entscheidung zu rechtfertigen. Denn es lässt sich auf keine Weise behaupten, dass die vor dem Richter des angelegten Arrestes zu erhebende Hauptklage nur eine Vindication oder eine Sicherung des Besitzstandes in Beziehung auf die verkümmerte Sache selbst zum Zweck haben dürfe.

Der Arrest des gemeinen Rechts ist eine Maasregel zur Sicherung der ausserdem gefährdeten oder erschwerten Ausführung eines Anspruches, welcher nun Gegenstand der Hauptklage wird. Dass dieser Anspruch die arrestirte Sache selbst betreffe, oder überhaupt mit derselben, ausser der Absicht der Sicherstellung wegen künftiger Befriedigung, in einer näheren Verbindung stehe, wird nicht erfordert, vielmehr ist, sobald durch legale Arrestausbringung der Gerichtsstand einmal begründet worden, dem Antragsteller die dadurch zugestandene rechtliche Ausführung sowohl wegen dinglicher, als persönlicher Forderungen und überhaupt wegen Ansprüche jeder Art vorbehalten.

Proc. Ordnung Tit. LI. verb. „um allerhand Vorsorgewillen“

Glück, Erläut. der Pand. Th. 6. §. 520. S. 334.

Dass das Gesetz vom 26sten October 1834 hierunter eine Aenderung getroffen habe, und unter der Hauptklage hinkünftig blos eine solche verstanden wissen wolle, welche die mit Arrest belegten Sachen selbst und unmittelbar zum Gegenstande hat, lässt sich weder aus den verbis dispositivis, noch aus der Absicht des Gesetzgebers folgern; letztere geht nämlich nach Inhalt der in den

desfalls mitgetheilten Gründen einzig nur dahin, den aus der in der Erl. Proc.-Ordnung ad Tit. LI. indistincte ausgesprochenen Aufhebung des sächsischen, mit dem Effect der Gewährung eines dinglichen Rechts verbundenen Arrestes entlehnten Zweifels über Fortbestehen eines desfallsigen Gerichtsstandes überhaupt zu removiren.

Demohngeachtet war das Erkenntniss erster Instanz darum zu bestätigen, weil Kläger auf einen von ihm in Beziehung auf die in Rede stehende Platte legal ausgebrachten Arrest sich zu berufen keineswegs vermag. Nicht er selbst, sondern C. hatte die Arrestanlegung wider den Schuldner, den gegenwärtig belangten S., beantragt, und Kläger, in dessen Händen sich jene Platte, Behufs des ihm von Seiten des Beklagten übertragenen Stichs der in der Klage erwähnten Zeichnung befand, erhielt dem gemäss fol. die gerichtliche Injunction. Er wendet zwar ein, ihm stehe an der Platte ein an Wirksamkeit dem Arrestschlage gleichzustellendes Retentionsrecht zu, auch glaubt er den Mangel eines eignen auf Arrestanlegung gerichteten Antrags durch die Erklärung einer Adhäsion ersetzen zu können, und spricht zugleich die Ansicht aus, dass schon die Anstellung gegenwärtiger Klage jenen Antrag involvire. Allein die Attribute des Retentionsrechts sind wesentlich verschieden von denen des Arrestschlages. Nur dem letzteren ist durch Gesetze und Gerichtsbrauch die Wirkung beigelegt, einen eignen Gerichtsstand für die Hauptklage zu begründen. Da dies eine Folge eigenthümlicher Art ist, da sie rücksichtlich der Grundsätze eine Ausnahme von der Regel herbeiführt, da hierdurch der Rechtszustand desjenigen, gegen den der Arrestschlag verfügt ist, insofern als er nun vor einem andern, als dem competenten Richter, Recht zu leiden sich genöthigt sieht, erschwert wird, so erscheint die analoge Uebertragung der Vortheile, welche der Arrestschlag, in Beziehung auf Constitui-

rung eines fori dem Ausbringer gewährt, auf denjenigen, welcher blos retinirt, unanwendbar und ausgeschlossen. Dass weder die, hier ganz unzulässige, Erklärung einer Adhäsion, noch die ausschliesslich für den Fall des bereits angelegten Arrests als wirksam zu betrachtende Einreichung der ausserdem coram judice incompetente angebrachten Klage ausreiche, jene Lücke zu ergänzen, bedarf näherer Erörterung.

Die fol. aufgestellte Behauptung, dass, weil ein durch einen Dritten ausgebrachtes Veräusserungsgebot nach Disposition der Erl. Proc.-Ordnung ad Tit. LI. auch wenn die übrigen, gegen welchen ein solches Verbot verfügt worden, nicht besonders darum nachgesucht haben, bei Kräften erhalten werden solle, auch der Gerichtsstand des Arrestes den übrigen Gläubigern, ausser dem Arrestanten, mit zu Statten kommen müsse, beruht augenscheinlich auf einem Missverstehen der angezogenen Gesetzstelle. Die Rede ist hier nicht von dem Arreste des gemeinen Rechts, welcher, ohne den Schuldner im Allgemeinen ausser dispositionsfähigem Zustande zu setzen, nur die Sicherung eines Executionsobjects für einzelne Forderungen, oder nach Befinden eine Cautio de judico sisti et judicatum solvi bezweckt, sondern vielmehr von dem Surrogate, welches die Stelle des durch dasselbe Gesetz abgeschafften, ein dingliches Recht mit Priorität bezweckenden sächsischen Arrestes einzunehmen bestimmt war, und bekanntlich darinne besteht, dass dem Gläubiger anstatt des ihm vorher zuständigen Antrages auf Anlegung jenes sächsischen Arrestes, jetzt nach dessen Wegfall nur noch nachgelassen bleibt, ein praeceptum de non alienando wider den Schuldner, nach vorgängiger Bescheinigung des Abfalles der Nahrung desselben, nachzusuchen; welches Veräusserungsverbot auch andern Gläubigern, ohne besonderes Gesuch ihrerseits, insofern sie sich nur vor dessen erfolgter Wiederaufhebung melden, zum Vortheile mit gereichen soll. Schon daraus, dass ein solches praeceptum de non alienando, nach ausdrücklicher Vorschrift der Erl. Proc.-Ordnung

a. a. O., bei des Schuldners Obrigkeit ausgebracht werden muss, und folglich von demselben foro arresti dabei nicht die Rede sein kann, widerlegt sich jede daraus herzuleitende Analogie für den hier vorliegenden Fall.

Der Gerichtsstand des Contractes aber, dessen Vorhandensein von dem Kläger gleichermaassen behauptet wird, würde sich, nach dem Inhalte des Vertrags fol. und den übrigen vorwaltenden Umständen, als fundirt allerdings darstellen, wenn die Ladung auf gegenwärtige Klage dem Beklagten selbst noch hätte behändigt werden können. Dass aber zur Begründung des fori contractus das persönliche Betreffen des Beklagten am Orte des geschlossenen Vertrages, insofern er nicht daselbst wegen des Besitzes von Immobilien oder sonst ohnehin einen begründeten Gerichtsstand hat, unumgänglich erfordert werde, ist sowohl nach Bestimmung des Pandekten-Rechts

l. 19. pr. §. 1. 2. de jud. (V. 1.)

l. 1. 2. 3. de reb. aut. jud. poss. (42. 5.)

als des canonischen Rechtes

c. 1. §. 3. de for. comp. in 6to. (verb. nisi inveniantur ibid.)

ausser Zweifel gesetzt. Und wenn auch, theils auf Grund der

Nov. 70. c. 1. §. 1.

theils wegen erhobener Zweifel, rücksichtlich der Interpretation obiger Stelle des canonischen Rechts, einige Rechtslehrer das Gegentheil anzunehmen geneigt sind,

Lauterbach, Coll. th. pr. P. ad tit. de jud. §. 48.

Boehm, Comm. in jus Can. L. II. Tit. 2. n. 37.

Grollmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 39.

so hat sich doch der Gerichtsbrauch für die erstere Meinung entschieden.

Vergl. Carpzov. L. II. Resp. 30. n. 5.

Wernher Obs. for. T. II. P. VIII. obs. 304.

Leyser, Spec. LXXIII. med. I.

Struben, rechtl. Bedenken Th. 2. Bd. 27.

Hofacker, princ. jur. R. G. T. III. §. 4235.
Bielitz, über den Gerichtsstand §. 9. S. 29.
Glück, Erl. d. Pand. Th. 6. §. 516. S. 303.
Linde, im Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 7. No. 2.
Desselb. Lehrbuch des Processes §. 63.

War aber dennoch die persönliche Anwesenheit des Beklagten zur Zeit der Klaganstellung und Behändigung der Ladung als nothwendiges und unerlässliches Bedingniss, ohne welches der Gerichtsstand des Contractes Platz zu ergreifen nicht vermag, anzusehen, so kann in Erwägung kommen, dass alle Veränderungen des gewöhnlichen fori, als Ausnahme, der strengsten Auslegung und Beurtheilung um so mehr, als dabei jederzeit schon durch Entziehung des ordentlichen Richters dem Beklagten präjudicirt wird, unterliegen, auch die einem mit Generalvollmacht versehenen Mandatar geschehene Insinuation der Citation zu Begründung des fori contractus nicht genügen, wenn selbst, wie nach fol. hier der Fall ist, jene Generalvollmacht zugleich mit auf Rechtsvertheidigung gegen angestellte Klagen erstreckt wäre.

Durch Vorstehendes ist gezeigt, dass die von dem Beklagten fol. entgegengestellte dilatorische Einrede in Beziehung sowohl auf das forum arresti, als auf den Gerichtsstand des geschlossenen Contractes allenthalben begründet sich darstellt.

E.

So viel den von Klägerm für sich angezogenen Gerichtsstand des angelegten Arrestes betrifft, so hat man den in dieser Beziehung von den Verfassern der vorigen Entscheidungen aufgestellten Ansichten sich nicht anschliessen mögen. Was deshalb in den Entscheidungsgründen zu dem Bescheide erster Instanz bemerkt worden, hat bereits in demjenigen, was das Appellations-Gericht angeführt hat, und welchem man beizutreten kein Bedenken hat, genügende Widerlegung gefunden. In Betreff hingegen der zur Recht-

fertigung des Erkenntnisses zweiter Instanz angegebenen Gründe ist Folgendes zu bemerken:

Der Arrest des gemeinen Rechts (im Gegensatze des bekanntlich in der Erl. Proc.-Ordnung ad Tit. 48 und 51 aufgehobenen, dem sächsischen Rechte eigenthümlichen Arrestes, wodurch an den mit Arrest belegten Gütern ein dingliches Recht erworben wurde, hat, wie bereits fol. auseinandergesetzt worden, und aus den in der Processordnung Tit. 51. §. 1. angeführten Beispielen hervorgeht, die Sicherung der ausserdem gefährdeten oder erschwerten Ausführung eines gegen eine dritte Person zuständigen Anspruchs zum Gegenstande, und der aus der Anlegung eines solchen Arrestes entspringende, nach der schon früher von den angesehensten sächsischen Rechtslehrern ausgesprochenen Meinung, neuerlich aber nach ausdrücklicher Vorschrift des

Gesetzes, die Entscheidung einiger zweifelhafter Rechtsfragen betreffend, vom 26sten October 1834 unter VI.

auch den Gerichtsstand für die Hauptklage begründende Gerichtsstand findet, wie die fol. angezogenen Gründe zu jenem Gesetze sich äussern, darin Unterstützung, dass es in politischer Hinsicht nicht rathsam erscheint, den Gläubiger in die Nothwendigkeit zu versetzen, bei dem Vorhandensein eines bereits in Beschlag genommenen Executionsobjectes, den Schuldner erst an einem entlegenen Orte ausklagen zu müssen. Allerdings erfordert nun, wenigstens in der Regel,

vergl. Brunquell D. de processu arresti (in ej. Opusc. VII.) §. 20. sqq.

die Anlegung eines dergleichen Arrestes, als eine, wie auch in der Processordnung Tit. 51. §. 1. anerkannt wird, ausserordentliche, von dem gewöhnlichen Rechtswege abweichende Maassregel eine vorgängige richterliche Cognition über die Statthaftigkeit des auf Arrestanlegung gerichteten Gesuchs. Ein hinreichender Grund aber, aus welchem, wenn der Arrestschlag bereits erfolgt ist, demselben nicht von andern Gläubigern, und insbesondere auch von demjenigen, welcher das

mit Arrest belegte Object detinirt, (wie in vorliegender Sache bei Klägern der Fall ist, und nach fol. von Seiten desselben geschehen) adhärirt werden könne, ist nicht abzusehen.

Tertia, sagt Mevius in seiner tractatio de arrestis, S. 147 intervenientium species est illorum, qui arresto ex causa debiti adhaerent, dumque suum alii quaerunt, sibi quoque prospicere cupiunt. Id quod frequentissimum est, ut, uno arrestum impetrante, praesertim rerum ad solutionum idonearum, ii, quibus contra arrestatum petitiones sunt, eodem remedio sibi consultum, velint. Si vero caetera sint paria, nempe causa ita comparata ut arresto locus esse queat, nec desit quidquam ex requisitis, non potest iis desideriis a judice vel primo arrestante obsisti.

Is, qui res detinet, seu, penes quem arrestantur, ob ipsam detentionem non eget novo arresto, sed sola adhaesione suum consequi valet.

Eben so sagt derselbe Rechtslehrer in den Decisionen P. IX. Dec. 45. not. 4.

ita mos judiciorum observat, ut, uno arrestante, arresto adhaerere queant et simul sua contra arrestatum prosequi, quotquot volunt, etsi arrestum non petierint.

Dieser letzteren Ansicht beizutreten, hat man um so weniger Bedenken tragen können, als der Arrest des gemeinen Rechts, wie schon oben gedacht worden, lediglich die Sicherung eines Executionsobjectes wegen eines zuständigen Anspruchs, nicht die Erlangung eines dinglichen und prioritätischen Rechts zum Zwecke und zur Folge hat, die bereits durch den Richter bewirkte Arrestanlegung die Entscheidung über deren Statthaftigkeit in sich begreift, endlich ein an der mit Arrest belegten Sache auszuübendes Retentionsrecht die Existenz eines begründeten Anspruchs, ohne welchen ersteres nicht vorhanden sein kann, nothwendig voraussetzt. Unter diesen Umständen bedarf es eines weitern und speciellern Eingehens auf die für die entgegengesetzte

Ansicht fol. angegebenen Gründe, so wie insbesondere darauf, ob, wenn noch kein Arrest auf Ansuchen eines Andern angelegt worden, das Retentionsrecht allein den Gerichtsstand des Arrestes zu begründen geeignet sei? ingleichen, ob die fol. angezogene Disposition der Erl. Proc.-Ordnung Tit. ad 51. nicht wenigstens analog in Anwendung gebracht werden könne? keineswegs. Es ist vielmehr, in Betracht, dass, wie bereits oben erwähnt, die in Frage stehende, in Klägers Händen sich befindende Kupferplatte mit Arrest belegt worden, an selbiger aber, wie keinem Zweifel unterliegt, Klägerm wegen der von ihm klagbar gemachten Forderung ein Retentionsrecht zusteht, unter Abänderung der früheren Erkenntnisse das Xer Stadtgericht, von welchem jener Arrest angelegt worden, als competent in vorliegender Sache zu betrachten gewesen

IV.

Ob ein in Schriften verfasstes und in einem versiegelten Pakete gerichtlich übergebenes Testament eines Analphabeten als ungültig zu betrachten sei, so lange nicht von den darinne eingesetzten Erben beigebracht worden, dass der Inhalt desselben mit der wahren Willensmeinung des Testirers überintsimme? *)

Um über die vorliegende Streitfrage ein sicheres Urtheil zu begründen, ist es nöthig über die Entscheidungsquellen einiges vorauszuschicken.

1.

Es ist von mehreren Rechtslehrern die Anwendbarkeit des röm. Rechtes auf einen Fall, wie der vorliegende ist, um deswillen bezweifelt worden, weil den Römern die Art von gerichtlichen Testamenten, welche jetzt gebräuchlich ist, unbekannt gewesen. Allein so richtig das letztere ist, so wenig kann man der daraus abge-

*) Man hat sich über die bemerkte Frage in der S. 76 ff. zu lesenden Maasse verneinend ausgesprochen, nachdem vorher in dem Rechtsfalle, wodurch sie in Anregung gekommen war, die entgegengesetztet Ansicht vorzüglicher geschienen hatte. Diese findet sich mitgetheilt in den Erörterungen practischer Rechtsfragen von F. A. v. Langenn u. Dr. A. S. Kori 2. Ausgabe Dresden u. Leipzig 1836. Th. II. Num. XXVI. S. 264 ff. Seitdem hat also die Praxis entschieden eine andere Stellung eingenommen. Zu untersuchen ob sie diese veränderte Stellung mittelst eines Fortschrittes eingenommen habe, findet der Verfasser sich nicht veranlasst. Auch scheint der Gegenstand von der Art, dass neben einer entschiedenen Praxis gegen ihre theoretische Begründung etwa erregbare Zweifel kein allgemeines Interesse finden würden.

leiteten Folgerung beitreten. Die Bestimmungen des röm. Rechtes bilden die Grundlage der ganzen Testamentlehre, so weit sie nicht in deutschen und vaterländischen Gesetzen abgeändert worden sind; und selbst da, wo eine Aenderung eingetreten, bleiben sie immer noch eine subsidiäre Rechtsquelle. Insonderheit ist dies der Fall in Ansehung derjenigen, welche die Errichtung schriftlicher Testamente im Allgemeinen betreffen, insofern man daraus erkennt, was zum Wesen eines jeden dergleichen gehört, es mag nun die äussere Form, in welcher es errichtet wird sein welche sie wolle. Ja, selbst die letztere, wie sie nach römischem Rechte bestand, bietet Mittel dar, um daraus jene wesentlichen Bestandtheile zu abstrahiren, und ist also auch insoweit zu beachten. Dieses führt zugleich

II.

auf eine andere allgemeine Frage, nämlich die: inwiefern man auf die Natur der Sache sich beziehen könne, um etwas als ein nothwendiges Erforderniss schriftlicher Testamente darzustellen. Kommt es darauf an, im Gebiete des Rechtes festzusetzen, worin die Natur einer Sache besteht, so kann man die Sache selbst nicht anders nehmen, als so wie sie nach den geltenden Rechtsnormen erscheint. Durch diese erhält erst deren Bedeutung ihre bestimmte Richtung. Daraus folgt aber von selbst, dass bei einer dergleichen Feststellung dasjenige was hiernach als ein rechtlich nothwendiges Erforderniss sich zeigt, streng von demjenigen zu unterscheiden ist, was vielleicht etwas Wesentliches sein würde, wenn jene Normen nicht vorhanden wären.

III.

bemerkt man noch in Ansehung des Gerichtsbrauches als Entscheidungsquelle: dass eine vollkommene Uebereinstimmung der Ansichten der verschiedenen Gerichtshöfe Sachsens über die streitige Rechtsfrage nicht vorhanden ist. —

Nach diesen Prämissen geht man zur Sache selbst über. — Die Meinung der Rechtslehrer, von welchen jene Frage bejahend beantwortet wird, beruht darauf:

„Derjenige, sagen sie, welcher Geschriebenes nicht lesen könne, vermöge nicht zu beurtheilen, ob der Inhalt der Urkunde, welchen er für den Ausdruck seines letzten Willens ausgebe, auch wirklich seiner Willensmeinung entspreche; daraus entstehe aber eine Ungewissheit, welche das Testament nichtig mache, insofern nicht auf irgend eine Weise die wirkliche Identität des Inhaltes der Urkunde mit dem Willen des Testirers constatirt werde.“

Unverkennbar liegen hierin zwei Hauptsätze:

1) die vom Testirer bei Errichtung seines letzten Willens abgegebene Erklärung, wie in der von ihm producirten Urkunde dieses sein Testament enthalten sei, ist unzuverlässig,

2) eine solche Unzuverlässigkeit bewirkt an sich die Nichtigkeit der gerichtlichen Verhandlung.

Wollte man

ad I.

jene Erklärung für schlechterdings unzuverlässig halten, so müsste man zuförderst voraussetzen dürfen, dass die Schriftunkunde, als solche, die Möglichkeit ausschliesse, auch auf andere Weise als durch eigene Anschauung gewisse Kenntniss vom Inhalte der Urkunde sich zu verschaffen; allein diess lässt sich schon um deswillen nicht annehmen, weil ja zum Beispiel einem solchen Testirer unverwehrt ist, sich die aufgenommene Urkunde von einer vertrauten Person vorlesen zu lassen, ehe er sie gerichtlich niederlegt; dass, wenn solches geschehen, das Testament alsdann gültig sein würde, wird selbst von denjenigen nicht bestritten, welche in der Hauptsache anderer Meinung sind. Darin spricht sich aber zugleich ein Anerkenntniss dessen aus, dass jenes Mittel ausreiche, um für die Gewissheit des letzten Willens volle Bürgschaft zu gewähren. Auch kann man nicht einwenden, es sei nicht wahrscheinlich, dass ein Testirer dazu verschreiten und dadurch einer

fremden Person die Geheimnisse seines Testamentes anvertrauen werde; denn die tägliche Erfahrung lehrt, wie oft Testamente von fremder Hand niedergeschrieben werden. Hieraus ergiebt sich eine andere Folge. Macht es nämlich die Schriftunkunde, an sich betrachtet, nicht unmöglich, genaue Kenntniss vom Inhalte der Urkunde sich zu verschaffen, so kann man auch nicht als allgemeine Regel den Satz aufstellen, dass in ihr selbst die nothwendige Grundursache liege, aus welcher mehrgedachte Erklärung des Testirers für schlechterdings unzuverlässig zu achten sei. Es kann dies um so weniger geschehen, als man von jedem dispositionsfähigen und vernünftigen Menschen voraussetzen muss, dass er mit Ueberlegung handle, und sich in den Stand gesetzt habe, mit voller Ueberzeugung die Erklärung abzugeben, von deren Geltung die Rede ist. Diese Präsumtion ist dieselbe, welche für die Legalität einer Handlung, oder mit anderen Worten, dafür streitet, dass etwas geschehen sei, ohne welches die Handlung selbst als zu Recht beständig nicht geachtet werden kann, und bewirkt jedenfalls die Herstellung einer Gewissheit bis zum Beweise des Gegentheils, welcher demjenigen obliegt, der solches bestreitet.

ad 2.

Mit dem Wegfalle der Regel fällt der Grund der behaupteten Nichtigkeit der Testamentserrichtung weg. Wäre aber auch dem nicht so, wollte man auch wirklich jene Erklärung nicht für ganz zuverlässig halten, so würde es doch bedenklich fallen, die rechtlichen Folgen einer Nullität eintreten zu lassen, so lange man dafür nicht ein bestimmtes Anhalten in der Gesetzgebung findet. Und dies ist nicht nur nicht der Fall, sondern es geht vielmehr aus nachfolgenden Bestimmungen des römischen, deutschen und vaterländischen Rechtes hervor, dass die oben sub 1. erwähnte Präsumtion gesetzlich anerkann, und zu Aufrechthaltung der Testamente schriftunkundiger Personen überhaupt eine besondere Bestätigung der Identität des Inhaltes der Urkunde

mit der Willensmeinung des Testirers nicht erfordert werde.

a) ist zu erwähnen die Constit. des Theodos und Valentinian in l. 21. C. de testam. (VI. 23.)

Diese zerfällt in zwei Theile; im ersten ist von schriftlichen Privattestamenten im Allgemeinen und im andern von den der Analphabeten im Besonderen die Rede. Was jenen anlangt, so reducirt sich das Wesentliche davon darauf:

aa) die Veröffentlichung und Beglaubigung des Inhaltes einer Testamenturkunde ist nicht der Zweck der vorgeschriebenen Form, im Gegentheil soll auf die Frage: ob die Zeugen Kenntniss von demselben haben oder nicht? etwas nicht ankommen.

„Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam &c. proferre scripturam &c.

bb) Mag der Testirer die Urkunde selbst geschrieben haben oder nicht, mag er sie offen oder verschlossen den Zeugen vorlegen, so gilt sie als der Ausdruck seines letzten Willens, wenn er sie in Gegenwart der Zeugen dafür erklärt, und sie nebst den letzteren unterschreibt und untersiegeln lässt.

„licere scripturam vel ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam testibus signandam et subscribendam proferre, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse dixerit quod offertur?“

Unmittelbar darauf heisst es nun aber im 2. Theile der gedachten Constitution:

Quodsi testator litteras ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus.

So konnte man sich nicht ausdrücken, wenn man nicht die Ansicht hatte, dass die Erklärung des schriftunkundigen Testators in sich selbst hinreichende Bürgschaft für die Gewissheit seiner Willensmeinung trage.

Die Worte: „eadem servari“ sind umfassend und eben deshalb, so wie wegen der engen Verbindung, in welcher sie mit den nächst vorhergehenden Bestimmungen stehen, auch auf die in letzteren enthaltenen materiellen Rechtsprincipien zu beziehen. Nur in einem Puncte wurde eine Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht, nämlich die, dass ein achter Zeuge noch hinzugezogen werde, welcher für den Testirer unterschriebe. Indem man aber denselben als subscriptor bezeichnete, gab man auch deutlich genug zu erkennen, dass er zu etwas anderem nicht gebraucht werden sollte, als eben zu Bewirkung der Unterschrift für den schriftunkundigen Testirer. Namentlich würde es ganz unangemessen sein, wollte man annehmen, es sei die Bestimmung dieses Zeugen gewesen, den Inhalt der Testamentsurkunde constatiren zu lassen, da ja im Gesetze eben von dem Falle mit die Rede ist: „si nullum scire volunt ea quae in eo scripta sunt.“

b) gehört hierher l. 29. Cod. de test. in Verbindung mit Novella 119. Cap. 9.

Jene Stelle schliesst sich ganz der vorerwähnten l. 21. C. eod. an, und betrifft gerade die Frage: ob denn die blosse subscriptio und subsignatio der Testamentszeugen genüge, um als gewiss annehmen zu können, dass der in der Urkunde namhaft gemachte Erbe wirklich derjenige sei, welchen der Testirer gemeint habe? In dieser Hinsicht disponirte Justinian, es solle jeder, der seinen letzten Willen schriftlich errichte, wenigstens den Namen des Erben eigenhändig schreiben, wenn er nicht überhaupt selbst die Urkunde unterzeichne, und fügte dem noch hinzu:

> sin autem forsitan ex morbi acerbitate, vel litterarum imperitia hoc facere minime potuerit, testibus testamenti praesentibus, nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnino sciant testes, qui sint scripti heredes, et ita, certo heredis nomine, successio procedat.

Allein dieses Gesetz hob späterhin Justinian in Nov. 119. c. 9. selbst wieder auf, indem er, ohne irgend einen Unterschied zu machen, verordnete, dass auch dann,

wenn der Testirer die Urkunde von fremder Hand niederschreiben lasse, es nicht mehr erforderlich sein solle, den Namen des Erben eigenhändig auszuschreiben, vielmehr auch in soweit die vetus consuetudo gelte.

Ganz gewiss spricht sich hierin die Anerkennung des Grundsatzes aus, dass wenn einmal der Testirer eine von fremder Hand geschriebene Urkunde für sein Testament wirklich ausgebe, bei dieser Erklärung Beruhigung zu fassen sei; es zeugen aber auch dafür, so wie für die Absicht Justinians, jene rücksichtlich der Analphabeten so wichtige Stelle seiner früheren Constitution:

„nuncupari nomen heredis ut omnino sciant qui sint scripti heredes, et ita, certo heredis nomine, successio procedat“

gänzlich ausser Wirksamkeit zu setzen, noch die Worte der Novelle

agnovimus autem ex hujusmodi subtilitate plurima testamenta destructa, testatoribus non valentibus hujusmodi custodire subtilitatem aut nolentibus scire aliquos suam voluntatem, jubemus, licentiam quidem esse volentibus hoc servare in propriis testamentis, si tamen hoc non observant sed secundum pristinam consuetudinem testantur, etiam sic firmum esse testamentum sancimus.

c) Wird die Regel auch noch durch die Ausnahme bestätiget, welche in Ansehung der Testamente blinder Personen in l. 8. C. qui test. facere poss. gemacht worden.

Dass die diesfallsige Bestimmung wirklich eine Ausnahme sei und sein solle, zeigt nicht nur deren Inhalt, sondern auch die Art und Weise, wie Justinian in §. 4. Inst. quibus non permiss. test. fac. auf sie sich bezogen hat. Hier war der Ort, wo er eben so gut der Schriftunkundigen wie der Blinden gedenken konnte, wenn er beide rücksichtlich der Testamentserrichtung einander gleich stellen wollte. Er that es nicht nur nicht, sondern setzte erstere sogar in Nov. 119. c. 9. gleich seinen Vorgängern Theodos und Valentinian, in

die Categorie schriftunkundiger Personen. Es ist aber auch in der That die Lage der letzteren bei weitem weniger hülflos, als die der Blinden, indem ihnen mehr Mittel zu Gebote stehn von dem wahren Inhalte der Urkunde auf zuverlässige Weise sich unterrichten zu lassen, ehe sie selbige für den Ausdruck ihres letzten Willens erklären. Im Uebrigen ist noch im Allgemeinen zu gedenken, dass vorstehend erwähnte Dispositionen des römischen Rechts nicht einmal befremdend erscheinen, wenn man erwägt, dass auch bei andern Rechtsgeschäften z. B. bei Litteralcontracten zum Schutze der Analphabeten weiter nichts als nöthig erfordert wurde, als die Zuziehung von Subscriptoren.

cfr. z. B. l. 17. C. si cert. pet. et authentica dazu ex Nov. 73. c. 8.

l. 22. §. 2. C. de jure delib.

d) gilt dasselbe nach deutschen positiven Gesetzen.

Das Hauptgesetz ist die Notariatsordnung Maximilians I. in Tit. von Testamenten §. 7. Sie enthält eine fast wörtliche Uebersetzung der l. 21. C. de test. und bestätigt namentlich, dass darauf: ob der Testirer die Urkunde selbst geschrieben habe oder nicht, etwas nicht ankomme, bei Errichtung von dergleichen Testamenten der Analphabeten der Zuziehung eines achten Zeugen lediglich zu Bewirkung der Unterschrift es bedürfe, und alsdann, wenn diese sowohl als die subscriptio und subsignatio von Seiten der übrigen Zeugen erfolgt sei, die Erklärung des Testators, es sei in der Urkunde sein letzter Wille enthalten, vollkommen genüge, um seinem Testamente volle Geltung zu verschaffen. Die Stelle des Gesetzes, welche auf letzteres sich bezieht, lautet so:

„doch also, dass er offenbarlich ansage, dass solches, so er darlege, sein Testament sei.“

Endlich ist

e) aus der Sächs. Gesezgebung noch zu erwähnen,

Const. Elect. 3. P. III.

„wo einer ein Testament daheim schreibt oder schreiben lässt, und legt es hinter das Gericht so ist es kräftig, wenn gleich keine Zeugen dabei sind.“

Allerdings betrifft dieses Gesetz eine neue Art von letztwilligen Verfügungen, nämlich die gerichtlichen wie sie jetzt üblich sind, allein es ist dasselbe auch in vorliegender Beziehung wichtig, weil es, ungeachtet ausdrücklich darin der von fremder Hand geschriebenen Testamente gedacht wird, dennoch in Beziehung auf Constatirung des Inhalts der Urkunde etwas nicht erfordert, vielmehr ohne Unterschied die von Seiten des Testirers zu bewirkende gerichtliche Niederlegung als das Wesentliche der gerichtlichen Handlung bezeichnet.

Indem der Gesetzgeber auf solche Weise das Wesen der Sache bezeichnete, stellte er eine Regel fest, welche für alle dergleichen Testamente gelten sollte, und nun auch auf die der Analphabeten Anwendung leiden muss. Man würde sonst etwas substituiren müssen, wovon das Gesetz schweigt, und eine neue besondere gerichtliche Verhandlung noch für nöthig halten, welche nach dem, wie der Gesetzgeber das Wesen der Sache bestimmt hat, nicht erforderlich ist. Ueberdem kann man nicht einmal sagen, es sei durch jenes Gesetz das römische Recht hierunter ganz geändert worden. Denn zuförderst bestehen neben den gerichtlichen Testamenten immer noch die Privattestamente, welche vor 7 Zeugen errichtet werden, und sodann geht auch rücksichtlich der ersteren die ganze Neuerung nicht weiter, als dass an die Stelle der Zeugen die gerichtliche Uebergabe der Urkunde gesetzt worden. Die hierbei von Seiten des Gerichts zu bewirkende Beglaubigung, dass die niedergelegte Urkunde diejenige sei, welche der Testirer für den Ausdruck seines letzten Willens erklärt habe, vertritt zugleich die Zuziehung eines subscriptor, welche nach römischem Rechte bei den Testamenten der Analphabeten erforderlich ist, und reicht sonach aus, um nach deren Erfolge annehmen zu können, dass der Analphabet seinen letzten Willen auf eine zu Recht beständige Weise errichtet habe.

Wendet man nun aber diese Grundsätze auf vorliegenden Fall an, so ergiebt sich von selbst, dass wenn der Erblasser wirklich nicht sollte haben Geschriebenes

lesen können, dennoch bei gerichtlicher Niederlegung seines schriftlichen Testamentes die Beobachtung einer besondern, auf Constatirung der Identität des Inhalts der Urkunde mit des Testirers wirklicher Willensmeinung sich beziehenden Form nicht erforderlich gewesen, vielmehr seine vor Gericht abgegebene Erklärung, wie in sothaner Urkunde sein letzter Wille enthalten sei, für ausreichend so lange zu achten, als eine Fälschung derselben nicht dargethan wird.

V.

Die in §. 20. *) des geschärften Mandats wider die Banqueroutiers vom 20. Dec. 1766 enthaltene Vorschrift hinsichtlich der Vindication von Waaren, welche ein Gemeinschuldner vor Ausbruch des Creditwesens erhalten hat, ist extensiv auf jeder Art Effecten, namentlich auch auf Staatspapiere anzuwenden, welche der nachherige Gemeinschuldner von einem anderen, unter vorausgesetzter, jedoch unterbliebener Deckung des Betrages zugestellt erhalten hat.

Der aus den unter F nachstehend ersichtlichen Gründen im Jahre 1826 von dem vormaligen K. S. App.-Gerichte für den Vindicanten in Gegensatz zu einem von der Juristenfacultät zu Leipzig gesprochenen Urthel entschiedene Fall, welcher nach anderweiter von dem beklagten curator litis eingewendeten Appellation, bei nochmaliger Erwägung aus hinzugefügten weiteren unter G zu lesenden Gründen eben so wie in dem vorhergegangenen Erkenntnisse beurtheilt worden ist, war folgender:

Titius hatte an den in der K. S. Oberlausitz etablirten, bald darauf in Concurs verfallenen Paulus, auf

*) „Da sich auch öfters zuträgt, dass ein Kauf- und Handelsmann Waaren auf Credit ausnimmt, und bald darauf durchgeht, oder dem Banqueroutiermandate sich unterwirft; so wollen wir, dass, wenn dergleichen Waaren annoch vorhanden, und solche innerhalb 2 Monaten vor der beschehenen Anzeige des insolventen Zustandes, oder der Zeit, da der Schuldner auszutreten sich unterfangen, verkauft worden, solchenfalls der Verkäufer solche zu vindiciren berech tiget sein soll.“

dessen Verlangen, baares Geld und ausländische Staatspapiere eingesendet, dafür Deckung erhalten sollen, aber nicht erhalten. Titius vindicirte die in der Masse noch in natura sich vorfindenden Gelder und Papiere, gestützt auf die oben angezogene gesetzliche Vorschrift. Das Urthel erster Instanz entschied, weil es dieselbe im gramatischen Sinne und nur in ihrer Wörtlichkeit auffasste, gegen Titius, das App.-Ger. hingegen, wie schon gedacht, in zwei Erkenntnissen gegen den beklagten curat. hereditatis, weil man sich für die Anwendbarkeit jener Vorschrift in dem oben bemerkten extensiven Sinne entschied. Der Verfasser, welcher nicht in dem Falle ist, das Verdienstliche der ersten oder der zweiten Rationen sich zu vindiciren, bemerkt dass seine subjective Ansicht allenthalben mit denselben einverstanden ist; wie denn auch dieselben, den in dem folgenden Aufsatze entwickelten Grundsätzen über die Vindication inländischer Staatspapiere zu bedeutender Unterstützung gereichen. Um so mehr fand er sich veranlasst, das interessante Präjudiz vollständig mitzutheilen.

F.

Um bei Beurtheilung des gegenwärtig in Frage begriffenen, von Klägern geltend gemachten Vindications-Anspruchs den richtigen Gesichtspunct aufzufassen, ist über die Art der in Frage kommenden Vindication, so wie über deren Gegenstand zuförderst Folgendes zu bemerken:

Die Art der beabsichtigten Vindication betreffend, muss man vor allem Andern im Auge behalten, dass hier nicht von der Vindication bei einem dritten Besitzer, sondern von einer solchen bei der an die Stelle des mit dem Gläubiger unmittelbar in Contractsverhältnissen gestandenen Gemeinschuldners tretenden Masse die Rede ist. Zwischen beiden Arten der Vindication finden, nach den durch die Sächsische Gesetzgebung besonders gebilligten rechtlichen Grundsätzen, sehr wesentliche Verschiedenheiten statt. Auf der einen Seite, und so viel die Vindication bei einem dritten Besitzer bonae fidei, namentlich in Hinsicht der von dem Gemeinschuldner auf Credit

erhaltenen und weiter veräusserten Waaren betrifft, stellen sich diejenigen Gründe, aus welchen auch nach Disposition der beiden, in der Oberlausitz unterm 5. Juni 1726. — Coll. W. Thl. 1. S. 361. — und unterm 2. August 1783. — Coll. W. Thl. 4. S. 2. — ebenfalls ergangenen Banqueroutiermandate, eine solche Vindication für unzulässig zu achten, als überwiegend dar;

Gottschalk select. discept. T. III. cap. 31. pag. 375. sq. auf der andern Seite hingegen erscheint durch angezogene Gesetze das Vindicationsrecht desjenigen Gläubigers, welcher dem Gemeinschuldner etwas auf Credit gegeben, gegen die an die Stelle des letzteren tretende Masse, unter gewissen Bedingungen um so mehr anerkannt und befestiget. Indem nämlich die Entscheidung der Frage über das Vindicationsrecht eines Gläubigers in Ansehung eines dem Gemeinschuldner auf Credit verkauften Gegenstandes, auf dem schon von den meisten älteren Sächs. Rechtslehrern vertheidigten Grundsatze beruht: dass dolus dans causam contractui den Uebergang des Eigenthums verhindere und mithin dem Gläubiger das Vindicationsrecht an der noch vorhandenen Sache sichere, stellt sich dieser Grundsatz durch die angezogenen Mandate, da derselbe in solchen rücksichtlich §. 16. *) und 20. als richtig vorausgesetzt wird, überhaupt und im Allgemeinen als bestätiget dar, während übrigens nur zur Beseitigung der Streitigkeiten über die Präsumtion eines doli der gedachten Art, eine besondere Disposition in Ansehung der Zeitberechnung hinzugefügt worden ist. Gottschalk l. c. p. 379.

Abgesehen also von der Frage, ob die in den bezeichneten Gesetzen enthaltenen Dispositionen unmittelbar nur auf den Kaufcontract nach streng römischen Begriffen und auf welche

*) „Und da sich auch öfters, besonders unter Kauf- und Handelsleuten zuträgt, dass einer bei dem andern Waaren kauft, solche auch empfänget und bald darauf durchgehet, da denn der Creditor, wenn er auch seine Waaren annoch vorfindet, dieselben zu vindiciren trachtet, darbei aber, was vor ein intervallum temporis, zwischen dem Kaufe und dem Austritte, sein müsse, nicht ausgemacht; als wollen wir, dass, wenn dergleichen Waaren, so annoch vorhanden bereits zwei Monate vor der Flucht verkaufet worden, alsdann der Verkäufer solche nicht weiter zu vindiciren berechtiget, sondern sich desfalls an die massam concursus zu halten schuldig sein solle.“

Art der verkauften Gegenstände zu beziehen sind? — sprechen solche doch schon durch die gesetzliche Billigung des Grundsatzes, dass dolus dans causam den Uebergang des Eigenthums verhindere, mittelbar auch für jeden andern, welcher auf eine ähnliche Weise als beim Kaufe, namentlich durch einen Tauschhandel, sein Eigenthum auf Credit veräussert hat. Denn ist wegen des doli das Eigenthum als bei dem Veräussernden geblieben zu betrachten, so tritt letzterer dann wieder unter diejenigen, von welchen in Gemäsheit der schon allgemein rechtlich begründeten Grundsätze, nicht nur in Tit. 42. §. 1. der Proz.-Ord., sondern auch Tit. 1. §. 24. der Oberlausitzer Amtsordnung noch ausdrücklich disponirt worden ist: dass dem Gläubiger, wenn derselbe bescheinigen kann, dass ihm unter den Gütern, welche bei dem Schuldner befunden worden, was eigenthümlich zustehe, dasselbe vor allen andern folgen solle. — In Hinsicht des Gegenstandes des Eigenthumes ist hierin gar keine Beschränkung enthalten, und nur der Beweis des doli durch welchen der Uebergang des Eigenthums als verhindert anzusehen, kann hierbei in Frage kommen; allein auch deshalb tritt dem Gläubiger ohne Zweifel die in den angezogenen neuesten Banqueroutiermandate gegen den Schuldner §. 12. allgemein aufgestellte Präsumtion *), innerhalb zweier Monate von Zeit der Veräusserung, zur Seite.

Doch auch die specielle Disposition der mehr angezogenen beiden Banqueroutiermandate §. 16. und 20. kann weder als blos auf den Kaufcontract im Sinne des röm. Rechts, noch in Hinsicht der Gegenstände des Handels, als beschränkt angesehen und ausgelegt werden.

So viel die Art des in Frage kommenden Contractes betrifft, kann um so weniger in Uebereinstimmung mit dem von dem Gesetzgeber auf das deutlichste ausgesprochenen Zwecke der angezogenen Gesetze angenommen werden, dass solche lediglich auf den Kaufcontract in dem beschränkten römischen

*) „Dafern auch überdies die Intention die Creditoren zu defraudiren, sich dadurch klar an den Tag legte, dass der Debitor innerhalb der nächsten 2 Monate vor der gerichtlichen Anzeige seines insolventen Zustandes durch Umschreibung oder Erhandlung starker Parthien Waaren und Aufnehmung ansehnlicher Capitalien &c. neue Schulden gemacht.“

Sinne bezogen werden sollen, jemehr solche Gesetze noch ausdrücklich auf die Verhältnisse der Kaufleute überhaupt hinweisen. Denn ohne die Anwendbarkeit der beregten Dispositionen auf andere Gläubiger ausser letzteren ausschliessen zu wollen, indem vielmehr aus hinreichenden Gründen das Gegentheil anzunehmen steht,

Gottschalk l. c. p, 379.

so deuten doch die §. 16. des älteren, so wie §. 20. des neueren Mandats zu findenden Worte so wie die ganze übrige Tendenz der beiden Mandate, welche immer den Kaufmann hauptsächlich vor Augen haben, dahin, dass es besonders die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, im Handel zwischen Kaufleuten Treu und Glauben zu befördern, auch weil im Handel das Creditgeben so ausserordentlich häufig und beinahe nicht zu vermeiden ist, den hierbei bona fide handelnden Kaufmann möglichst gegen absichtlichen Betrug sicher zu stellen, und demselben die Wiedererlangung seines ihm abgelockten, bei dem Schuldner noch vorhandenen Eigenthums zu erleichtern. Sehr wenig würde es dieser unleugbaren Absicht des Gesetzgebers entsprechen, wenn man annehmen wollte, dass derselbe nur von dem Handel um baares Geld, und nicht vielmehr von jedem Kaufhandel, bei welchem Gestundung des Werthes zugestanden worden, überhaupt, es möge derselbe unter die Form des römischen contractus emtionis venditionis zu bringen, oder als ein Tauschhandel anzusehen sein, disponirt habe. Es kann nicht angenommen werden, dass nach der Meinung des Gesetzgebers derjenige Kaufmann A. welcher z. B. einem andern B. eine gewisse Quantität Schaafwolle gegen eine bestimmte Quantität Baumwolle verhandelt, die erstere aber vor Empfang der letzteren dem Kaufmann B. übergeben und die Lieferung der Baumwolle auf eine gewisse Zeit gestundet, mithin den Preis der Schaafwolle creditirt hätte, wenn B. innerhalb zweier Monate, von der Zeit des Handels an, sich zahlungsunfähig erklärte oder davon ginge, dann weniger die noch bei letzterem vorhandene Schaafwolle zu vindiciren berechtigt sein sollte, als wenn der Preis für solche in baarem Gelde bestimmt und creditirt worden wäre.

Gegen diese, dem unverkennbaren Zwecke des Gesetzgebers entsprechende Ansicht, kann man auch nicht an den im

16. §. des älteren Banqueroutiermandates gebrauchten Worten: — „Waaren kauft“ — „zwischen dem Kaufe“ — „vor der Flucht verkauft“ — und „alsdann der Verkäufer“ — hängen bleiben. Denn einmal sind überhaupt die Ausdrücke: verkaufen und Verkäufer nach der Sprache des täglichen Lebens in Hinsicht der Kaufleute so allgemein, dass solche gebraucht werden, ohne dabei genau zu berücksichtigen, ob der Handel gegen baares Geld, oder gegen andere Waare gemacht worden ist. Zweitens finden sich aber auch selbst in dem neuen Banqueroutiermandate keinesweges dergleichen Ausdrücke ausschliesslich gebraucht, sondern es ist daselbst §. 12. und 20. von Verschreibung und Erhandlung, ingleichen von Ausnehmen der Waaren auf Credit die Rede, welches alles nicht blos vom Handel gegen baares Geld genommen werden kann. Wenn daselbst jedoch zuletzt wieder derjenige, welcher die Waare auf Credit abgelassen hat, Verkäufer genannt wird, so erscheint dieser Ausdruck der Kürze wegen allgemein gebraucht, ohne dass hierdurch dasjenige, was vorher durch den ganz allgemeinen Ausdruck: — auf Credit ausnehmen — überhaupt und ohne Beschränkung auf eine gewisse Art des Handelsgeschäftes festgesetzt worden ist, für beschränkt angesehen werden dürfte.

Doch wollte man selbst die oft angezogenen beiden Gesetze als auf den Kaufcontract nach dem Sinne des römischen Rechts beschränkt ansehen, so ist wenigstens in Ansehung der Art der Waare, welche creditirt worden, in den bezeichneten Gesetzen keine Beschränkung enthalten und es kann daher auch der ganz allgemein darin gebrauchte Ausdruck: — Waare — ohne ausdrückliche Disposition des Gesetzgebers weder a) in Hinsicht des Metall- und Papiergeldes, noch b) der Staatsschuldpapiere, einer willkührlichen Beschränkung in der Anwendung unterworfen werden.

a) Dem Kaufmanne ist, so lange ihn kein Gesetz darinne beschränkt, alles Waare, was nur irgend Gegenstand des Umsatzes sein kann, und alles Preis was derselbe für seine umgesetzte Waare einhandelt. So wie Niemand zweifeln kann, dass ohne besondere gesetzliche Beschränkungen ungemünztes Gold und Silber Waare, d. h. Gegenstand des Handels sein könne, so ist auch durchaus kein rechtlich haltbarer Grund vorhanden, ohne eine solche besondere gesetzliche Beschränkung

geprägtes Gold und Silber oder Geld, von dem Begriffe der Waare als Gegenstand des Handels auszuschliessen.

Geld ist nichts anders, als ein aus Metall oder auch anderem Material, z. B. Papier unter Auctorität einer höchsten Staatsgewalt verfertigtes Werthzeichen. Es liegt in der Natur der Sache, dass kein Staat in einem anderen Staate die Anerkennung eines solchen Zeichens erzwingen kann; und selbst in dem eigenen Gebiete bewirkt die Bezeichnung des Stückes Metalls oder Papiers, ohne Einführung eines ausdrücklichen Zwangscourses, nur die Zusicherung des Staats dieses Zeichen bei seinen Behördeu für den angegebenen Werth annehmen zu lassen, in Hinsicht der Unterthanen hingegen nur die Präsumtion, dass auch jeder derselben in dieser Hinsicht und in der Erwartung, ein solches Zeichen wieder in derselben Art los zu werden, dasselbe thun werde. Bei dieser Beschaffenheit der Sache lässt sich nicht behaupten, als ob Geld seiner Natur nach nicht Waare sei und sein könne? — Wer kann in hiesigen Landen z. B. jemanden zwingen, das in den nordamericanischen Staaten ausgeprägte Metall- oder creirte Papiergeld um den daselbst bestimmten Werth oder überhaupt anzunehmen? Es springt daher in die Augen, dass solches hier durchaus nichts ist, als Waare, welche verhandelt und erhandelt wird, je nachdem der Verkäufer Veranlassung hat, sich derselben zu entschlagen oder der Käufer durch deren Erwerb sich einen Nutzen zu versprechen. Ob nun aber ein fremder Staat zunächst angrenzt oder weit entfernt liegt, kann in den rechtlichen Begriffen keine Veränderung machen. Das preussische Metall- und Papiergeld ist, so lange von dem Gesetzgeber kein Zwangscours ausgesprochen wird, nicht mehr und nicht weniger in hiesigen Landen eine Waare, als das Nordamericanische, und die öffentlich, unter Genehmigung der höchsten Behörde ausgegeben werdenden Leipziger Courszettel geben täglich den deutlichsten Beweis von der Behandlung dieses Geldes als Waare und Gegenstand des Handels. Auch selbst in Ansehung des in hiesigem Lande geprägten und creirten Metall- und Papiergeldes ist kein gesetzliches Verbot vorhanden, solches innerhalb des Landes als Waare zu betrachten und zu behandeln, und täglich kommen öffentlich und zum Theil unter den Augen der höchsten Landesbehörden dergleichen Käufe vor. Denn wenn nicht

selten die, nicht besser als nach dem Conventionsfusse ausgeprägten Speciesthaler mit 4 und mehr Procent Aufgeld in ebenfalls conventionsmässigen Münzsorten bezahlt, wenn die nach dem Conventionsfusse nicht höher als 2 Thlr. 18 Gr. — ausgeprägten Dukaten alle Tage zu 3 Thlr. — und höher nach Conventionsgelde, mithin 9 und mehr Procent Gewinn verwechselt werden, wenn eben dieses mit den zu 5 und 10 Thlr. nach Conventionsgelde ausgeprägten Geldstücken geschieht, wenn es Zeiten gegeben hat, wo die Kassenbillets öffentlich mit mehr nicht als $\frac{3}{4}$ und noch weniger ihres Nominalwerthes bezahlt worden sind, wenn täglich unter höchster Zulassung und Genehmigung die Leipziger Sensale, eben so wie wegen ausländischen Geldes, den Preis des sächsischen Metallgeldes und der Kassenbillets, nicht blos im Verhältnisse zu Wechseln, sondern auch zur baaren Zahlung durch öffentliche Courszettel bekannt machen; so ist alles dieses nichts anderes als Handel mit Gelde und Aeusserung desselben, und das Geld erscheint unverkennbar als Waare. Hierdurch stellt sich die Behauptung: als ob baares Geld schon seiner Natur nach niemals selbst als Waare, sondern nur immer als Massstab des Werthes aller Waaren betrachtet werden könne, unverkennbar als einseitig und unrichtig dar. Auch Adam Smith in seinem Werke über die Natur &c. des Nationalreichthums und Hufland in seiner Grundlegung der Staatswirthschaftskunst sagen nichts, was eine solche Behauptung unterstüzen könnte; hingegen erkennt ein sehr bewährter Rechtslehrer,

Gönner, von Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten &c. Erste Abtheil. München 1826. Cap. III. S. 174

bei seiner Untersuchung über die rechtliche und merkantile Verschiedenheit des Papiergeldes und der Staatsschuldpapiere, die Natur des Metall- und Papiergeldes als Waare und Gegenstand eines Marktes auf das Bestimmteste an, wenn er sagt:

In merkantiler Hinsicht gehört das Papiergeld zu dem Geldmarkte, auf dem es gleich dem Metallgelde und den Münzsorten eine Waare ist, deren Marktpreis von allen jenen Umständen abhängt, die auch auf das Metallgeld Einfluss haben, bald den Preis des Goldes gegen Silber, bald den Preis dieser oder jener Münzsorte erhöhen.

Allein auch kein römisches Gesetz verhindert es, das baare Geld in vorkommenden Fällen selbst als Waare zu betrachten, obwohl überhaupt in Hinsicht der so sehr fortgebildeten Handelsgeschäfte die Ansichten des römischen Rechts nicht immer dabei Anwendung finden können. Was zuförderst die l. 1. D. de contr. emt. et vendit. (18. 1.) betrifft, so ist daselbst von Paulus nur der Unterchied zwischen dem Kaufe und dem Tausche aufgestellt, dass der erstere nicht ohne haares Geld, welches den Preis nnd die Person des Käufers bestimmen müsse, gedacht werden könne, indem sich bei dem Tausche anderer Gegenstände nicht bestimmen lasse, wer Käufer oder Verkäufer sei. Das Wesentliche dieser Gesetzstelle beruht demnach nur darauf, dass auf der einen Seite von dem Contrahenten der Preis des erkauft werdenden Gegenstandes in baarem Gelde bestimmt und zugestanden werden müsse, dass aber der Gegenstand des Verkaufs auf der anderen Seite nicht ebenfalls geprägtes Geld sein könne, ist weder ausdrücklich ausgesprochen, noch als in dem Gesa gten enthalten zu betrachten. Es lässt sich auch der Geldkauf, nach den eben gedachten von Paulus aufgestellten Merkmalen des Kaufes sehr wohl als solcher, und keinesweges blos als Tausch behandeln und betrachten und sehr wohl bestimmen was Waare? was Preis? wer der Verkäufer? wer der Käufer sei?

Wenn in jeder Hinsicht ganz gleiche Münzsorten gegen einander umgewechselt würden, so wäre deshalb nur ein Tausch vorhanden; allein wenn jemand 105 Thlr. — in Conventions-Zweigroschenstücken für 75 Stück Conventionsspecies, welche nicht mehr inneren Werth, als 100 Thlr. — in Conventions-Zweigroschenstücken haben, zahlt, so kann dieses Geschäft keinesweges ein Tausch genannt werden, sondern es ist ein Kauf. Die Species erscheinen als Waare und die 105 Thlr. in Zweigroschenstücken als Kaufpreis.

Nach diesen Betrachtungen ergiebt sich von selbst, dass auch l. 1 §. 1 de emt. et vend., um deswillen nicht die Zulässigkeit gemünzten Geldes als Waare ausschliesst, weil darin ausgesprochen ist, dass bei einem Kaufe der Preis in baarem Gelde bestehen müsse; und überdies ist aus der angezogenen Gesetzstelle am wenigsten zu ersehen, inwiefern die

römischen Juristen ausländische Münzsorten zum Gelde oder zur Waare gerechnet haben.

So wenig aber nach diesen Auseinandersetzungen das Metall- und Papiergeld von dem, in den beiden Banqueroutiermandaten zum Grunde liegenden Begriffe der Handlungswaaren und Kaufgegenstände als ausgeschlossen rechtlich betrachtet werden mag, eben so und noch weniger mag solches

b) in Hinsicht der Staatsschuldpapiere geschehen. Solche Staatspapiere sind kein Geld, und demselben nicht so wie die Cassenbillets gleich zu achten, sondern Urkunden über eine Schuldforderung;

Gönner a. a. O. Cp. III. S. 172. 174. und 175.

dass sie aber Gegenstand des Handels, mithin Waare sind, ist gegenwärtig bei der bekannten Uebertreibung in diesem Handel am wenigsten erst zu deduciren erforderlich. Uebrigens kann es so wie vorher in Hinsicht des baaren Geldes bemerkt worden, in Berücksichtigung der Leipziger Courszettel keinem Zweifel unterworfen sein, dass auch selbst der Kauf und Verkauf der inländischen Staatspapiere, unter den Augen und der Billigung der höchsten Behörde geschieht und mithin auf solche dasselbe zu Gunsten deren Verkäufer Anwendung leiden muss, was sonst in Ansehung irgend einer erlaubten Handelswaare gesetzlich disponirt zu befinden. — Ehe jedoch zu der Anwendung der hier deducirten Sätze auf vorliegenden besonderen Fall übergegangen werden kann, sind noch die Fragen zu erwähnen: ob vielleicht sonstige besondere gesetzliche Dispositionen der Vindication des baaren Geldes, der Cassenbillets und Staatspapiere und mithin der Anwendbarkeit des 20. §. des neuesten Banqueroutiermandates auf bezeichnete Gegenstände entgegenstehen möchten? oder ob nicht wenigstens der 21. §. desselben Mandats der Anwendung des 20. §. auf das baare Geld und die demselben gleich zu stellenden Cassenbillets widerspreche?

Was die Vindication des baaren Geldes nach Grundsätzen des gemeinen Rechts betrifft, so ist über deren Zulässigkeit, selbst beim dritten Besitzer an sich kein Zweifel,

Thibaut, Syst. des Pand.-Rechts §. 887.
Hellfeld, jurisprud. forens. §. 781. 987.

Zachariä, Annalen der Gesetzgebung. Bd. 1. no. XVI. S. 249.

Gönner, a. a. O. S. 442.

und nur die Disposition des Edicts wegen der Cassenbillets vom 6. Mai 1772, in der Oberlausitz publicirt unterm 10. Septbr. g. J., in welchem in Hinsicht der Letzteren die Vindication bei einem Dritten untersagt, dabei aber die Gleichstellung der Cassenbillets mit dem baaren Gelde ausgesprochen worden ist, hat einigen Zweifel hervorgebracht: ob nicht auch die Vindication des baaren Geldes bei einem Dritten, nach dem Sinne des angezogenen Gesetzes für unzulässig angesehen werden müsse? Allein so wie dieses selbst in Ansehung der Vindication bei einem Dritten von angesehenen Rechtslehrern

Zachariä, a. a. O. S. 249.

in Ermangelung einer wirklich deshalb ausgesprochenen Bestimmung, verneint worden ist, so erscheint eine solche Verneinung unverkennbar noch um so begründeter, wenn, wie in Beziehung auf den bezeichneten §. des Banqueroutiermandats der Fall eintritt, nicht die Vindication bei dem Dritten, sondern nach dem was hier Eingangs deshalb ausführlicher auseinandergesetzt worden, nur bei demjenigen, mit welchem der Vindicant in unmittelbaren Contractsverhältnissen gestanden hat, die Frage ist. Indem nun in den, wegen der Cassenbillets ergangenen Gesetzen lediglich die Vindication bei dem Dritten untersagt ist, ein solches Verbot aber nicht extendirt werden darf, so steht solches eines Theils nicht allein der Anwendung des 20. §. des Banqueroutiermandats auf die Cassenbillets selbst nicht entgegen, sondern es kann auch von solchem kein nachtheiliger Schluss rückwärts auf das baare Geld gemacht werden.

Anbelangend die Staatsschuldpapiere, so ist zuförderst zwischen inländischen und fremden zu unterscheiden; da dasjenige, was zur Beförderung des Credits der ersteren gesetzlich festgestellt zu befinden, nicht ohne ausdrückliche Disposition auf die Letztere ausgedehnt werden kann, vielmehr auf diese nur die allgemeinen rechtlichen Grundsätze Anwendung finden. Dieses kommt im vorliegenden Falle um so mehr in Berücksichtigung, da die in Frage stehenden Centralsteuer-Obligationen, wenn auch ursprünglich in Sachsen bes. Gener.-Gouv.-Patents vom $\frac{10}{22}$ Septbr. 1814. Gouv.-Blatt No. 77. S. 585. creirt,

doch laut Convention vom 23. Juli 1817 §. 29. — Gesetzsammlung 1819. S. 337. — ganz von Preussen übernommen, in Sachsen aber nie mit dem, den übrigen Sächs. Staatspapieren zugestandenen ausdrücklichen Privilegio in Hinsicht der Vindication bei einem Dritten versehen worden sind.

Die fremden Staatspapiere demnach zuförderst anlangend, ist jedoch wiederum zwischen denjenigen, welche auf einen bestimmten Namen und denjenigen, welche auf jeden Inhaber lauten, zu unterscheiden. In Hinsicht der ersteren ist es unter den Rechtslehrern gar keinem Zweifel unterworfen, dass solche, so wie jedes andere Schulddocument, auch von jedem dritten Besitzer vindicirt werden können.

Gönner, a. a. O. Cp. III. S. 234.

Nicht eben so unbestritten ist dieser Satz in Ansehung der auf jeden Inhaber lautenden Staatspapiere. Auch in Hinsicht solcher ist zwar von den Rechtslehrern bisher meist die unbeschränkte Vindication selbst bei jedem Dritten als Regel angesehen worden;

Geiger und Glück, Rechtsfälle, Bd. III. no. 38 S. 132.

Kind quaest. Th. III. Cp. 26. Ed. II.

Bender, über den Verkehr mit Staatspapieren. Heidelberg 1825. §. 13. S. 24.

Allein will man auch in Hinsicht der Vindication bei einem Dritten die von Gönnern a. a. O. S. 235. vertheidigte gegentheilige Meinung als die richtige annehmen, so ist doch nichts desto weniger auch von diesem Letzteren a. a. O. §. 65. S. 209. und §. 70 Cap. III. S. 236. allenthalben der Unterschied zwischen der Vindication gegen einen dritten Besitzer und gegen einen solchen, welcher von dem Vindicanten unmittelbar die Staatspapiere unter einem, das Eigenthum nicht übertragenden Titel überkommen hat, festgehalten, und im letzteren Falle, welcher nach dem Eingangs Deducirten auch alsdann als eintretend anzusehen, wenn die Vindication in Gemässheit des 20. §. des Erl. Banqueroutiermandates statt findet, die Vindication gleichfalls als zulässig erachtet worden.

Ob nun wohl, da vorgedachter Maasen keine unter die Königl. Sächs. zu rechnenden Staatspapiere im vorliegenden

Bayerische Staatsbibliothek München

Falle eigentlich vorkommen, es an sich keiner besondern Erwähnung der, wegen der Vindication solcher Papiere noch speciell publicirten Gesetze, des in der Oberlausitz unterm 22. Februar 1775 publicirten Rescripts vom 26. Januar g. J. weiter bedarf, so führt, wenn noch einiger Zweifel wegen der Anwendbarkeit dieser Gesetze auf die jetzt Preussischen Centralsteuer-Obligationen vorwalten könnte, doch auch die Prüfung der vorhandenen sämmtlichen speciellen Sächs. Gesetze ebenfalls weiter nicht, als dazu, dass die Vindication gegen einen Dritten nicht Platz greifen soll. Ueber den hier in Frage kommenden Fall, wenn die Vindication gegen denjenigen, oder dessen Stellvertreter, gerichtet wird, an welchen die Staatspapiere von dem Vindicanten unmittelbar gekommen sind, ist keinesweges disponirt, indem auch selbst das von Haubold — in dessen Handbuch, S. 195. Zus. 2. — angezogene Decret vom 18. August 1819 nur die Vindication bei einem dritten Besitzer betrifft, und es bleiben daher die vorher bemerkten gemeinrechtlichen Grundsätze anwendbar.

Was übrigens noch die Frage anlangt: ob der Inhalt des 217. §. des Erl.-Banqueroutiermandats von der Beschaffenheit sei, dass derselbe entweder der Beziehung der Disposition des 20. §. auf baares Geld oder Staatspapiere geradezu widerspreche, oder wenigstens bei einer solchen Auslegung des 20. §. der 21. §. selbst als überflüssig erscheine? so kann doch bei näherer Erwägung der Sache weder das Eine noch das Andere angenommen werden.

Von den Staatsschuldpapieren, im vorliegenden Falle daher von den Centralsteuer-Obligationen, kann in dieser Hinsicht schon deshalb gar nicht die Rede sein, da solche nach dem, was hiervon bemerkt worden, am allerwenigsten zum baaren Gelde, und eben so wenig zu den Wechseln gerechnet werden können.

Allein was auch das baare Geld selbst und die demselben beizurechnenden Cassenbillets betrifft, so würde, wenn beides in dem 20. §. des beregten Mandats auch unter den Waaren namentlich aufgeführt wäre, hierdurch weder ein Widerspruch mit der Disposition des 21. §. noch die Entbehrlichkeit des letzteren hervorgehn; es kann solches daher aber auch nicht geschehen, wenn man Geld und Cassenbillets als mit unter der Bezeichnung „Waare“ begriffen ansieht.

G.

Es ist ausser Zweifel, dass Verträge ob dolum causam dantem contractui nichtig sind,

l. 7. pr. ff. de dolo malo.

l. 13. §. 4. de act. emt. venditi.

Thibaut System des Pandectenrechts, §. 148.

ohne dass diesfalls heut zu Tage zwischen contractibus bonae fidei et stricti juris unterschieden wird. Als ein solcher nichtiger Vertrag ist insbesondere ein solcher anzusehn, bei welchem Jemand hinterlistig den andern Contrahenten zum Creditgeben verleitete, indem er Gegenstände des Eigenthums von selbigem zu seiner Disposition annahm, und die Zahlung des Aequivalents dafür hinausschob. Schon vor Erlassung des älteren und neueren Oberlausitzer Banqueroutiermandats vom Jahre 1726 und 1783, und überhaupt auch ausser Sachsen wurde eine solche Hinterlist rechtlich bei demjenigen präsumirt, welcher zur Zeit des eingegangenen Veräusserungsvertrags, woraus er von dem Andern Eigenthum gegen ein erst künftig zu erlegendes Aequivalent erwarb, bereits zahlungsunfähig war und sich bald darauf flüchtete oder bonis cedirte.

Ludovici Einleitung in den Concursprocess §. 20. u. f.

Schöpf decis. nov. 20. n. 20. 59.

Hofmanns deutsche Rechtspraxis P. II. §. 1266.

Dass aber ein dolus, welcher in Verleitung zum Creditgeben besteht, von Seiten eines insolventen Contrahenten begangen oder welcher dafür zu präsumiren ist, ein principalis sei, lässt sich nicht bezweifeln, indem der andre Contrahent mit einem, welcher das versprochene Gegenäquivalent zu leisten ausser Stande ist, gar nicht würde contrahirt haben, die entgegenstehende Meinung einiger Rechtslehrer aber

Reinhard Ordnung der Gläubiger im Concurs §. 23.

sich von selbst widerlegt, auch bewährte Rechtslehrer einen solchen dolum als principalem ansehen.

Mevius, P. VI. decis. 193.

Kurrer, de dolo causam dante. §. 36.

Ludovici a. a. O. §. 13. 29. 33.

Aus der Nichtigkeit eines solchen Vertrages folgt aber von selbst, dass derjenige, welcher bereits Gegenstände seines

Eigenthums dem Andern auf Credit hingegeben hat, dafern selbige noch in Natur bei ihm vorhanden sind, sie in Natur zurückfordern könne, wozu gegen den Empfänger auch eine blosse condictio sine causa hinreicht.

Kori, System des Concursprocesses 2. Aufl. Leipzig 1828. B. 1. §. 80.

Die angeführten Banqueroutiermandate §. 16. des ältern §. 12. und 20. des neuern,

enthalten blos eine Bestätigung des Rechtsgrundsatzes selbst, und bestimmen blos näher die Zeit, welche von Zeit der auf Credit veräusserten Eigenthumsgegenstände bis zu Ausbruch des Concurses verflossen sein muss, um daraus die Insolvenz des Contrahenten zur Zeit des Contractes, mithin dessen dolum zu präsumiren, wodurch das Zurückforderungsrecht hinsichtlich der in Natur noch vorhandenen Eigenthumsgegenstände begründet wird. Ob nun schon Kläger fol. richtig behauptet, dass die Banqueroutiermandate a. a. O. diese Präsumtion nicht als juris et de jure aufstellen, nämlich nicht den Beweis des Gegentheils ausschliessen, so hat doch Kläger keine factischen Umstände angeführt, wodurch die rechtliche Vermuthung: Paulus sei schon im Monat Septbr. 1824, in welchem er die Creditgeschäfte mit Titius einging, insolvent gewesen, widerlegt würde, noch weniger selbige, wie die Natur des vorliegenden Executivprocesses erforderte, sofort liquid gemacht.

Darauf: ob die von Klägern dem Paulus gesendeten Papiere und baare Gelder als Waare oder als Geld im eigentlichen Sinne anzusehen seien, und ob nach den angeführten Banqueroutiermandaten der Begriff Waare auch auf baar Geld zu erstrecken sei, kommt im vorliegenden Falle nicht einmal etwas an, indem jedenfalls nach den angeführten Gesetzen bei dem ob dolum principalem nichtigen Creditgeschäften, die noch bei dem Schuldner in Natur vorhandenen Eigenthumsgegenstände von selbigem zurückgefordert werden können, als solche aber die von Klägern dem Paulus zugesendeten Paquete und Fässer, deren Species noch in Paulus Besitz unverändert sich vorfanden, gewiss anzusehen sind.

VI.

Zur Beseitigung eines Missverständnisses, das Haubold's Lehrbuch des K. S. Privatrechtes §. 188. S. 169. u. 171. (2. Ausgabe) *) in Anwendung derjenigen Vorschriften veranlassen kann, welche gegen die Vindication K. S. Staatspapiere gegeben sind.

Dass wörtlich genommen die oben citirte Stelle des genannten Rechtslehrers so verstanden werden kann, als dürften in keinem Falle K. S. Staatspapiere vindicirt werden, belegt die Fassung derselben. Dass das Missverständniss aber auch nicht ausgeblieben, ersieht man aus zwei Entscheidungen, welche in dem jetzt anzugebenden Falle erfolgt sind. Nicht nur um jene in ganzer Ausdehnung verständlicher Weise mittheilen zu können, soll dieser mit allen ihn individualisirenden

*) S. 169. „Auch die Vindication ist in unserer Gesetzgebung theils durch den entwickelten Unterschied des natürlichen und bürgerlichen Eigenthums, theils dadurch modificirt, dass sie bei inländischen Staats- und mehreren ähnlichen öffentlichen Papieren wegfällt, indem dergleichen Papiere, um ihren Credit zu heben, in dieser Beziehung dem bereits mit anderem Gelde vermischten baaren Gelde gleichgestellt sind.“

§. 171. Not. 2. „Die Meinung, dass der Besitz der Staatspapiere gegen die durch eine Eigenthumsklage begründeten Ansprüche daran nur insofern sicher stelle, als der Besitzer einen zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes geeigneten Rechtstitel für sich anzuziehen vermöge (Aug. Guil. Füssel Diss. Observationis varii juris argumenti. Lips. 1783. 4. c. 1. Kind T. 1. qu. 96. ed. I. oder T. III. qu. 26. ed. II) ist durch ein Decret vom 18. Aug. 1819 ausdrücklich gemissbilliget, und dagegen die Befolgung der wörtlichen Disposition des ang. Mand. vom 26. Jan. 1775 anbefohlen worden.“

Umständen angegeben werden, sondern dies auch um deswillen, weil die, wie dem Verfasser dünkt, richtige Beurtheilung sich auf diese Weise anschaulicher darstellen wird, als es bei einer rein theoretischen Betrachtung möglich wäre.

Als Titius im Jahre 1838, während er sich zum Besuche bei einem Bruder des später verklagten Furius aufhielt, in des ersteren Wohnung verstorben war, wurden in der Verlassenschaft gewisse Staatspapiere vermisst, worauf, in Folge eines desshalb in öffentlichen Blättern von den Erben inserirten Aufrufs, Furius vor seinen Ortsgerichten erschien und erklärte: dass er jene theils K. Pr., theils K. S. Staatspapiere zu dem Gesammtbetrage von 1100 Thlr. schon seit dem Sommer des verwichenen Jahres besitze, wo der nachherige Erblasser zu ihm gekommen sei und dieselben nebst Talons und Coupons ihm als ein Geschenk übergeben habe. Nach vorhergegangenen Anträgen der Erben, welche der vorgeblichen, mit nichts bescheinigten Schenkung keinen Glauben schenkend, der Meinung blieben, nicht anders, als in Folge widerrechtlicher Handlungen sei Beklagter zu dem Besitze jener Papiere gelangt, wurden dieselben von Furius, unter Vorbehalt seiner Rechte, ad depositum judiciale abgeliefert, hierauf aber in der von einem zu dem Nachlasse bestellten Curator erhobenen Klage die deponirten Papiere mit dem Anführen specificirt, der Erblasser habe sie bei seinen Lebzeiten eigenthümlich besessen. Unter dem weiteren Anführen nun, dass der Beklagte diese dem Verstorbenen eigenthümlich gehörigen Staatspapiere aus dessen Besitz und Gewahrsam ohne Rechtsgrund an sich genommen habe, und die Ausantwortung dieser von ihm zum gerichtlichen Depositum abgelieferten Papiere an den Nachlass des Verstorbenen weigere, verlangte Kläger, es solle Beklagter verurtheilt werden, in deren aus dem Depositum an Kläger zu beschehende Ausantwortung zu willigen.

Nachdem am 27. Mai 1839 der Termin zu Güte und Recht nach vorhergegangener legaler Vorladung

war abgehalten worden, übergab Beklagter am 3. des nächstfolgenden Monats den Einlassungs- und Exceptionssatz. Mit Ausnahme der Behauptung, dass er ohne Rechtsgrund die Papiere an sich genommen, räumte er allenthalben den Inhalt der Klage ein, suchte jedoch dieselbe als verwerflich darzustellen, weil sie nicht bestimmt genug angäbe, in Folge welcher factischen Prämissen er beantragtermaassen zu verurtheilen sein solle, schützte auch dabei unter Eidesantrag exceptivisch vor, dass er, wie schon oben gedacht, von dem Erblasser die in Frage gestellten Papiere geschenkt erhalten habe.

Kläger unterliess hierauf zu repliciren und es erfolgte ein Erkenntniss der Juristenfacultät zu Leipzig folgenden Inhaltes:

„Weil die Vindication inländischer Staatspapiere bekannten Rechten nach in Sachsen nicht zulässig,

vergl. Haubold's Lehrbuch des K. S. Privatrechts §. 188. und die daselbst in der Not. C. angeführten Gesetze;

hiernächst, wenn schon mittelst persönlicher Klagen Ansprüche an dergleichen Staatspapiere geltend gemacht werden können, und wenn man auch die vorliegende Klage als eine solche zulässige Personalklage betrachten wollte, es doch offenbar derselben an einer ausreichenden Begründung mangelt, da in derselben weiter etwas, als die generelle Behauptung, dass Beklagter die fraglichen Staatspapiere ohne allen Rechtsgrund an sich genommen habe, nicht enthalten ist, in jedem Falle aber specielle Thatsachen anzuführen gewesen wären, aus welchen sich entnehmen lassen könnte, dass Beklagter wirklich ohne allen Rechtsgrund in den Besitz dieser Staatspapiere sich gesetzt habe, so ist Klägers Suchen in Ansehung der fol. verzeichneten sechs Stück K. S. dreiprocentiger Steuerscheine im Nominalwerthe von zusammen 600 Thlr. und der dazu gehörigen Talons und Coupons in der angebrachten Maasse für unstatthaft zu achten.

Anlangend hingegen die fol. verzeichneten K. Pr. vierprocentigen Staatspapiere, in Ansehung deren die

Klage als hinreichend begründet erscheint, da die in den sächsischen Gesetzen ausgesprochene Unzulässigkeit der Vindication lediglich auf inländische Staatspapiere sich bezieht und auf ausländische keinesweges, wenigstens dann nicht zu extendiren ist, wenn in den ausgestellten Scheinen selbst die Vindication derselben gegen den Inhaber nicht verboten ist,

vergl. v. Langenn und Kori pract. Erörterungen, Bd. II. Abhdl. XXIV. pag. 257. 59. der 2. Ausgabe,

ein derartiges Verbot aber die preussischen Staatspapiere keinesweges enthalten, so ist Beklagter in Erwägung, dass er den Grund der Klage zur Genüge eingeräumt, daneben aber fol. die Ausflucht, dass der verstorbene Titius ihm die fraglichen Staatspapiere unter den Lebenden geschenkt und eingehändigt habe, zerstörlicher Weise vorgeschützt und bei der Grösse des streitigen Objects, da Kläger über den fol. gebrauchten Eidesantrag sich nicht erkläret, eines förmlichen Beweises nicht überhoben werden kann, sothane Ausflucht in sächsischer Frist zu beweisen schuldig, worauf deshalb ferner ergeht w. R. i.“

Dagegen appellirte Kläger, weil Beklagter nicht allenthalben wegen verspätigter Einreichung des Exceptions- und Einlassungssatzes gemäss dem Suchen vertheilt, dieser, weil die Klage nicht allenthalben unter des Klägers Verurtheilung in die Kosten abgewiesen, nicht wenigstens auf den über die Ausflucht der Schenkung angetragenen Eid erkannt worden sei. Reformatorisch sprach das App.-Ger. zu Dresden, auf Statthaftigkeit der Klage auch hinsichtlich der in Frage gestellten K. S. Staatspapiere und demzufolge dahin, dass auch auf diese dér Beweis der vorgeschützten Schenkung zu erstrecken sei.

Die Entscheidungsgründe lauteten also:

„Die mit Bezugnahme auf einige Rechtslehrer aufgestellte Behauptung, dass nicht allein (vermöge der desfallsigen besondern gesetzlichen Verfügungen) die sächsischen Staatspapiere, sondern die Staatspapiere

überhaupt der Vindication nicht unterliegen, bedarf hier um so weniger einer ausführlichen Widerlegung, als der Fall einer Vindication vom dritten Besitzer im eigentlichen Sinne hier gar nicht vorliegt.

Es erscheint vielmehr die angestellte Klage in ihrem ganzen Zusammenhange, und besonders mit Rücksicht auf die in ihr enthaltene Behauptung, dass Beklagter die zurückverlangten Staatspapiere aus des verstorbenen Titius Gewahrsam und Besitz ohne Rechtsgrund an sich genommen habe, als condictio furtiva, deren Anstellung auch wegen Sächsischer Staatspapiere durch das Mandat vom 26. Januar 1775 die Vindication dieblich entwendeter oder veruntrauter landschaftlicher Obligationen &c. btrff., gegen diejenigen, welche der Entwendung oder Veruntrauung sich schuldig gemacht haben, ganz ausdrücklich nachgelassen wird. Hat nun schon der Kläger des Wortes Diebstahl oder Veruntrauung sich nicht ausdrücklich bedient, so liegt doch der Begriff des Diebstahls, wenigstens im civilrechtlichen Sinne, ausreichend in den ausgehobenen Worten des Klagevorbringens, wenn man solche mit dem übrigen Inhalte desselben in Verbindung bringt.

Es konnte nun, da Beklagter zwar wohl das Ansichnehmen aus Titius Besitz und Gewahrsam, nicht aber dass solches ohne Rechtsgrund geschehen, eingeräumt hat, die Frage entstehn, ob nicht dem Kläger der Beweis seines Vorbringens, so weit es verneint worden, obliege, und es würde diese Frage allerdings bejaht werden müssen, wenn nicht die Behauptung, dass Beklagter ohne Rechtsgrund an sich genommen habe, da das Nehmen zugestanden worden, eine reine Verneinung enthielt, hinsichtlich deren in der Regel ein Beweis nicht auferlegt werden kann, zumal die Thatsache des Nehmens ohne Angabe eines Rechtstitels keine Vermuthung für die Rechtmässigkeit desselben begründet, ein Rechtstitel vielmehr als etwas factisches von dem, der ihn für sich anführt, bewiesen werden muss.

Genau genommen ist daher auch das Vorbringen Beklagtens fol. keine Ausflucht, sondern blos eine Be-

schränkung der im Klagvorbringen enthaltenen allgemeinen Verneinung. Da jedoch aus dem angegebenen Grunde das mehrgedachte Vorbringen des Beweises von Seiten Beklagtens bedarf, so steht es in processualischer Hinsicht einer vorgeschützten Ausflucht vollkommen gleich, daher denn auch bei Auferlegung des Beweises die bei Beweis der Ausflüchte übliche Form beobachtet werden konnte.

Auf Leistung des vom Beklagten über sein zum Beweise ausgesetztes Vorbringen angetragenen Eides war übrigens deshalb nicht zu sprechen, weil dem Kläger weder durch Gesetz, noch durch Vorladung die Verpflichtung oblag, sich über Annahme oder Rückgabe des ihm vom Beklagten deferirten Eides im Laufe des ersten Verfahrens auszusprechen, was dem Beklagten auch völlig ohne Nachtheil ist, weil es ihm freisteht, sich noch beim Beweise des Eidesantrages zu bedienen.“

„Die hierauf, nachdem beide Theile anderweit appellirt hatten, indem jeder die in seiner ersten Appellation aufgestellten Behauptungen wiederholt geltend zu machen suchte, von dem O.-App.-Ger. unter Compensation der Kosten gegen den Beklagten unbedingt ausgesprochene Verurtheilung ward auf folgende Gründe gestützt.

„Unter vorausgesetzter Schlüssigkeit der Klage, als woraufman weiter unten wird zurückkommen, kann Beklagtens Verurtheilung keinem Zweifel unterliegen, da derselbe an dem Exceptions- und Einlassungssatze sich versäumt hat.

Unter fol. legal beschehener Vorladung des Beklagten ist der Güte- und Rechtstermin auf den 27. Mai 1839 angesetzt gewesen. Es war dieser Tag der erste der zum schriftlichen Verfahren der Partheien gesetzten Frist, binnen welcher Beklagter von den ihm zustehenden Sätzen, bei deren Verlust, den Exceptionssatz am 1. den Einlassungssatz am 6. Tage zu den Acten zu geben gehaltenwar. (Mandatvom 25. April 1672. §. 4. C. A. T. I. S. 1265.) Beklagter hat aber am 3. Juni und also am 8. Tage, und unter Abrechnung des dazwischen eingefallenen Sonn-

tags, am 7. Tage den Exceptions- und Einlassungssatz zu den Acten gegeben. Da nun das septiduum weder durch Compromis ist verlängert worden, noch Kläger durch continuirtes Verfahren die Versäumniss remittirt, vielmehr diese schon in der gegen das Urthel erster Instanz eingewendeten Appellation urgirt hat, so ist allerdings Exception und Einlassung versäumt.

Das Urthel erster Instanz beruht auf folgenden Ansichten:

1) Ansprüche auf Staatspapiere liessen sich mittelst persönlicher Klagen geltend machen, ohne Unterschied, ob die betreffenden Papiere K. S. oder ausländische seien; allein es enthalte die vorliegende Klage keine, einen persönlichen Anspruch begründenden Thatsachen; wohl aber
2) stelle dieselbe sich als Vindication, aber
3) um deswillen auch als unstatthaft hinsichtlich der K. S. Staatspapiere dar, weil diese überhaupt nicht der Vindication unterlägen.

Das Urthel zweiter Instanz ist mit den unter 2. und 3. aufgestellten Ansichten durchaus einverstanden, mit der unter 1. jedoch insoferne nicht, als es ihr die Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall abspricht und die erhobene Klage als eine in facto hinlänglich begründete condictio furtiva gelten lässt. Damit jedoch stimmt man nicht überein; denn die condictio furtiva setzt, wie sich von selbst versteht, ein furtum und dieses eine contrectationem fraudulosam (l. 1. §. 3. ff. de furtis — 47. 2. —*) voraus. Nun ist aber die Hinwegnahme einer Sache aus des Eigenthümers Besitz und Gewahrsam, da eine solche Hinwegnahme auf vielfältig erlaubte Weise geschehen kann, eben so wenig an sich eine contrectatio fraudulosa, als dieselbe durch den Zusatz „ohne Rechtsgrund“ zu einer solchen wird. Denn obschon ein furtum die Existenz eines zu der Wegnahme berechtigenden Grundes ausschliesst, so ist doch nicht

*) Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.

in Ermangelung eines solchen jede Wegnahme aus eines andern Besitz und Gewahrsam ein furtum, wie sich schon daraus ergiebt, dass, wenn Beklagter weder gewaltsam noch ohne Vorwissen des Erblassers sich in Besitz der Papiere gesetzt hätte, Niemand ihn deshalb eines furti, überhaupt irgend einer an sich unerlaubten Handlung bezüchtigen könnte, wenn er auch dazu keinen Rechtsgrund, d. h. weder einen Real- noch Personalanspruch auf die Papiere sollte gehabt haben.

Wer die Klage um deswillen als eine persönliche betrachten möchte, weil derjenige, welcher ohne Rechtsgrund besitzt, sich in possessione sine causa befinde, und gegen den possessor sine causa eine Condiction gegeben sei, der würde, weil er zwischen grammatischer und juristischer Bedeutung der Worte nicht unterschiede, die Natur jenes Rechtsmittels verkennen, das nach l. 1. §. 3. de condictione sine causa (12. 7) *) eben so wie die cond. furtiva positiv factische Prämissen erfordert, aus denen, wie bei dieser das furtum, sich bei jener die possessio sine causa als Resultat ergeben muss.

Dagegen stellt, wie auch das Urthel erster Instanz angenommen hat, die erhobene Klage sich als Vindication dar.

Eine solche erfordert bekanntlich des Klägers Eigenthum an dem Objecte, und dass dasselbe sich in dem Besitze des Beklagten befinde. Beides liegt im gegenwärtigen Falle vor; denn dass die Papiere Eigenthum des Erblassers gewesen und der Beklagte sich in Besitz derselben gesetzt, dies würde, wäre es nicht fol. ausdrücklich eingestanden, in contumaciam für eingestanden anzunehmen sein. Durch die Deposition hat Beklagter den Besitz nicht aufgegeben, da bekanntlich der Depositar nur in des Deponenten Namen besitzt; und dass der Erblasser das Eigenthum aufgegeben, dies also kein Bestandtheil der von dem Kläger repräsentirten hereditas sei, hat Beklagter zwar behauptet, es kann aber bei der Verspätung des Einbringens diese

*) Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.

exceptivische Behauptung von keinen rechtlichen Folgen sein. Nach alle dem hängt die Entscheidung nur von Beantwortung der Frage ab, welchen Erfolg die Klage als Vindication haben kann?

Wenn Beklagter fol. in Bezugnahme auf dort genannte Autoritäten behaupten will, dass Staatspapiere überhaupt, gleichviel ob ausländische oder inländische, nicht der Vindication unterliegen dürften, so ist, (abgesehen von dem Sächs. Gerichtsbrauche, welcher so unterscheidet und insofern von der Gesetzgebung anerkannt worden ist, als das Verbot der Vindication Sächs. Staatspapiere entbehrlich geschienen haben würde, wenn man überhaupt Staatspapiere für keinen Gegenstand einer Vindication angesehen hätte,) dagegen zu bemerken, dass nach gemeinem Rechte jede körperliche, dem Verkehr der Privaten nicht entzogene Sache, und also auch ein Staatspapier, eben darum weil es als körperliche Sache im Eigenthum eines Privaten sein kann, auch durch die Eigenthumsklage müsse geschützt werden können, insoferne nicht besondere Ausnahmen vorgeschrieben sind. Dergleichen finden sich aber nur hinsichtlich der inländischen Staatspapiere und der politische Grund, Beförderung des Credits derselben, ist nicht von der Art, dass er die extensive Anwendung auf ausländische Staatspapiere rechtfertigen könnte, indem einleuchtender Weise die Nachfrage nach jenen und der Credit derselben sich nothwendig steigert, jemehr ihr Besitzer sich gegen den Inhaber ausländischer bevorzugt findet. Was nun die Vindication inländischer Staatspapiere anlangt, so scheint es, wenn man bei den Worten des im Urthel erster Instanz angezogenen Rechtslehrers stehen bleibt, allerdings dieselben sollten schlechthin keiner Vindication unterworfen sein, vergleicht man aber damit die von demselben Rechtslehrer allegirten Gesetze, so überzeugt man sich, dass er nicht dieser Meinung gewesen sein kann, vielmehr nur die Vindication gegen den dritten Besitzer — was Beklagter nicht ist, indem er nach dem Obigen vielmehr unmittelbarer Besitznachfolger des Erblassers geworden, — als unzulässig

hat bezeichnen wollen. Alle am a. O. allegirten Gesetze (man vergl. Kind, quaest. For. I. III. cp. 26. ed. IIda) vereinigen sich, insoweit sie von Vindication der Staatspapiere sprechen, in Beschränkung des Verbotes derselben in Beziehung auf den dritten Besitzer.

Selbst das Decret vom 18. August *) 1819, welches mit bestimmten Worten die Absicht ausspricht, das Verhältniss der Inhaber von Staatspapieren gegen die Anwendung gemeinrechtlicher, der Intention des Sächs. Gesetzgebers in Betreff inländischer Staatspapiere zuwiderlaufender Rechtsprincipien sicher zu stellen, bezieht das Verbot der Vindication nur auf den dritten Besitzer. Auch würde eine Bevorrechtung des widerrechtlichen Besitzers K. S. Staatspapiere eben so gewiss ungeeignet sein, den Cours derselben in Aufnahme zu bringen, als es gewiss ist, dass der Gesetzgeber ihn nicht auf solche Weise hat befördern wollen, indem er die condictionem furtivam auch gegen den dritten malae fidei possessor ausdrücklich für statthaft erklärt hat. Schlüsslich ist noch zu bemerken, dass wenn man die rei vindicatio gegen den unmittelbaren Nachfolger im Besitze für entbehrlich und darum unstatthaft erachten wollte, weil, daferne der unmittelbare Besitznachfolger widerrechtlich

*) „S. M. haben ersehen, was von Höchst Ihrem Geheimen Rathe, über die vom Appellationsgerichte, in Betreff der Vindication Sächs. Staatspapiere, angenommenen Grundsätze &c. zu Höchst Ihrer Entscheidung gestellt worden ist &c.

Was die in den Entscheidungsgründen des am 13. Decbr. 1817 in der Sache publicirten Appellationsgerichtsurthels aufgestellte Behauptung betrifft, dass der Besitz der Staatspapiere, welche, nach Vorschrift des Mandates vom 26. Jan. 1815 und der im Verfolg desselben ergangenen Anordnungen, der Vindication a tertio possessore nicht unterworfen sein sollen, gegen die durch eine Eigenthumsklage begründeten Ansprüche daran nur insofern sicher stelle, als der Besitzer einen zu Erwerbung des Eigenthumrechtes geeigneten Rechtstitel für sich anzuziehen vermöge, so mögen S. M. solches mit der Disposition des angezogenen Gesetzes, und der auf die Befestigung und die Vermehrung des Credites der Staatspapiere gerichteten Absicht desselben nicht vereinbar finden. Demnach ist selbige bei der Entscheidung der etwa vorkommenden ähnlichen Streitigkeiten weiter nicht zum Grunde zu legen.“

besitzen sollte, ein persönliches Klagerecht stattfinde, so übersieht man erstlich, dass dies den Eigenthümer gefährden würde, welcher in häufigen Fällen — der vorliegende gehört allem Anscheine nach dahin — nur so viel wissen kann, dass er Eigenthümer und der Beklagte unmittelbar nach ihm Besitzer der Papiere geworden ist, ohne dabei angeben zu können, auf welche Weise letzterer es geworden sei, und zweitens, dass die Gesetze da, wo die condictio furtiva Platz ergreift, nicht ausnahmsweise die rei vindicatio für unstatthaft erklären, sondern vielmehr dem Eigenthümer, dem etwas furtim abhanden gekommen ist, ausnahmsweise (§. 14. I. de act.) *) ausser der rei vindicatio auch noch die persönliche Klage gestatten. Nach alledem war Beklagter, so viel die Hauptsache betrifft, gemäss dem Klagegesuche zu verurtheilen, dahingegen sämmtliche in der Sache aufgelaufenen Kosten, hinsichtlich des Wechsels, welcher in den Erkenntnissen statt gefunden hat, zu compensiren gewesen sind.“

*) Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: si paret, eum dare oportere. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet; quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, qoud ita datur ut ejus fiat, nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur si paret, eos dare oportere; quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

VII.

Ein erster Beitrag zu einem deutschen Rechtstitel de rebus dubiis.

In juristischer Hinsicht interessant dürfte die Beilage unter H. auch ohne alle Bevorwortung sein, durch welche sie einem Gesichtspunkte untergeordnet wird, von dem aus die Betrachtung des einzelnen dort entschiedenen Falles eine theoretisch bedeutsame Stellung gewinnt. Doch kann sie vielleicht eine solche einnehmen, wenn die in dem nächstfolgenden Aufsatze enthaltenen Bemerkungen eine beifällige Aufnahme finden.

Die juristische Interpretation hat dreierlei Objecte ihrer Thätigkeit: Gesetze, Testamente und Verträge. Auch Urthel könnte man dahin rechnen, insoferne weder deren Fassung, noch die ihnen beigegebenen Entscheidungsgründe einen deutlichen und unzweideutigen Sinn gewähren; indess, da jedes Urthel, in welchem Missverhältnisse dasselbe auch zu des entschiedenen Falles richtiger Subsumtion unter das Gesetz stehe, für die Partheien des Gesetzes Statt vertritt, so entsteht hinsichtlich der Interpretation von Urtheln die Frage, inwieferne um deswillen in Beziehung auf die Partheien Urthel und Gesetz als einander durchaus gleichstehend gelten dürfen? welche Frage nicht beantwortet werden kann, ohne dass man sich in das, einer civilrechtlichen Abhandlung, im strengeren Sinne des Worts, fremde Gebiet der Theorie von der res judicata versteigt. Das Justinianeische Recht enthält neben gewissen allgemein gefassten Vorschriften über juristische Interpretation und die damit genau zusammenhängende Gesetzanwendung eine immense auf Auslegung von Verträgen und letztwilligen Verordnungen hinauslaufende Casuistik, von der bei Fällen, wie sie vor deutschen Gerichtsbehörden vorkommen einen sicher leitenden Gebrauch zu machen, nicht selten schon um deswillen

misslich ist, weil, was der lateinische Ausdruck deutlich oder undeutlich bezeichnet, in das Deutsche übertragen nicht selten zur entgegengesetzten Bezeichnung wird. Auch scheint man bei Abfassung der Pandecten, wenigstens was letztwillige Verordnungen betrifft, der Ansicht gewesen zu sein, eine Collection entschiedener concreter Fälle sei dasjenige, was in der angegebenen Hinsicht der Praxis am förderlichsten sei, und so finden wir in dem Titel de rebus dubiis (34. 5.) eine Casuistik zusammengestellt, die durchgehend die Auslegung zweifelhafter letztwilliger Verordnungen zum Gegenstande hat, jedoch, wie die meisten Abtheilungen der Pandectencompilation überhaupt, auf einen rein willkührlichen Umfang ist eingeschränkt geblieben; denn jeder mit den einschlagenden Titeln Vertrautere weiss, dass unter andern eine immense Masse der in den drei Büchern de legatis enthaltenen Fragmente ihre Stellung eben so gut in dem Titel de rebus dubiis als dort gefunden hätte. Ist nun überdies dem practischen Sinne der alten Juristen zuzutrauen, dass auch sie für die Auslegung von letzten Willen die Praxis für die beste Lehrmeisterin der Praxis angesehen haben, so glaubt der Verfasser in dem Geiste derselben zu handeln, wenn er mittheilt, was seine Erfahrungen an dahin einschlagenden Entscheidungen ihm bekannt werden lassen. Die Beilage unter H. mag den Anfang machen. Voraus schickt man ihr die Beilage unter G., denn dass eine testamentarische Bestimmung den rebus dubiis beizuzählen sei, wird am anschaulichsten, wenn man sieht, wie in erster und in zweiter Instanz anders als in dritter Instanz ist ausgelegt worden.

Das Urthel dritter Instanz, wozu H. die Gründe enthält, ist in einem nochmaligen Erkenntnisse des O.-Ap.-Grs. bestätigt worden, wobei anderweite Entscheidungsgründe nur in der Absicht konnten gegeben werden, die vorhergegangenen zu berichtigen oder zu vervollständigen. Indess, seines Zweckes unbeschadet, glaubt der Verfasser hier dieselben der Reticenz übergeben zu dürfen.

G. *)

An die Spitze ihrer Ausflüchte stellen Beklagte die Behauptung, es sei die Stiftung nicht blos für den Fall

*) In factischer Hinsicht ist zu dem Verständnisse der Beilagen unter G. und H. Folgendes zu bemerken. Numerius hatte den Lucius und den Titius zu seinen Erben eingesetzt und, nach des Numerius Ableben, einer wie der andre die Erbschaft angetreten. Dem Lucius war portio certa beschieden, und der gesammte übrige, ausser bedeutenden Capitalien in gewissen Rittergütern bestehende Nachlass, dem Titius beschieden, dieser aber für den Fall seines kinderlosen Ablebens mit einem Fideicommis onerirt worden, das aus jenen Gütern und einem gewissen Capitalstamme bestehend, bei des Titius Ableben den nächsten Agnaten des Numerius zufallen sollte.

Hinsichtlich des Capitalstammes hatte das Testament verordnet, dass gleich nach des Numerius Tode, und also auch noch bei Titius Lebzeiten, ein Fideicommiscurator bestellt, dieser über Constituirung und Erhaltung des Capitalstammes wachen, davon auch Titius nur die Zinsen beziehen sollte. Gedachte Disposition war befolgt, der Capitalstamm constituirt und demselben ein Curator bestellt, auch nachdem Titius gestorben war, in Erwartung, dass auf desfalls erlassene Edictalien Agnaten des Numerius sich zu Perception des Fideicommisses melden und zu dem Ende als nächste legitimiren würden, zu Sicherstellung des Interesses derselben das Fideicommis auch insoweit es in den Gütern bestand, unter die nämliche Curatel gestellt worden, welche bei Lebzeiten des Titius bereits für den Capitalstamm eingetreten war. In derjenigen Stelle des Testamentes, welche die Güter zu Fideicommis machte, hatte der Testator sich also ausgesprochen:

Stürbe sein Sohn Titius ohne Hinterlassung von Kindern, so sollten die Güter alsdann an seine alsdann vorhandene nächste Agnaten des Numerianischen Geschlechtes fallen. Auf diesen Fall radicire er auf gedachte Güter unablösbar 30,000 Thlr., damit von dem jährlichen Zinsbetrage unbemittelte Wittwen und Töchter des Numerianischen Geschlechtes und, während ihrer Studienzeit, Studirende des nämlichen Geschlechtes Unterstützung erhalten sollten.

Nach des Titius kinderlosem Ableben belangte der Fideicommiscurator des Titius hinterlassene Erben darauf, dass dieselben, abgesehen davon wer als nächster Agnate des Testirers sich legitimiren würde, die 30,000 Thlr. zu dem von dem Testirer bestimmten Zwecke auf die Güter sollten radiciren lassen, weil, wie er behauptete, Agnaten des Testirers am Leben, und daher mit dem kinderlosen Ableben des Titius alle Voraussetzungen eingetreten

des kinderlosen Ablebens des Titius, sondern noch unter einer andern Bedingung ausgesetzt worden, weil in den Worten „auf diesen Fall radicire ich &c.“ zugleich die Voraussetzung liege, dass die zur fideicommissarischen Erbfolge berufenen Agnaten sich theils angemeldet und legitimirt haben, theils in den wirklichen Besitz der Güter gelangt sein müssten, ehe jenes Legat, das bis dahin als ein bedingtes anzusehen wäre, ins Leben treten könnte; wogegen Kläger das Gegentheil behauptet und die Legatszinsen der fraglichen 30,000 Thlr. mit dem kinderlosen Ableben des Titius sofort für angefallen und betagt ansieht. Letzterer Meinung ist um dessentwillen beizupflichten, weil die fideicommissarische Berufung unbenannter Agnaten weder den Worten noch dem Sinne nach eine wahre Bedingung, vielmehr blos eine eventuelle Erbeinsetzung begreift. Denn der Testator beschied die fraglichen Rittergüter seinen nächsten Agnaten mit der Verbindlichkeit, das auferlegte und sogar unablöslich radicirte Vermächtniss zu prästiren, machte aber dessen Gültigkeit nicht davon abhängig, ob sich dergleichen anmelden und legitimiren, und die Erbschaft antreten würden oder nicht. Sollte daher auch von den Prätendenten, die sich bereit zur Erbfolge gemeldet, Niemand seine Legitimation ausreichend bewirken können, so wäre höchstens ein testamentum destitutum vorhanden.

In diesem Falle ist allerdings der Regel nach der eintretende Intestaterbe mit Entrichtung des dem Fideicommissar auferlegten Legates, welches seine Wirkung

wären, unter denen nach den Worten des Testators die Stiftung an 30,000 Thlr. — in Wirksamkeit habe treten sollen.

Nachdem in erster und in zweiter Instanz aus den unter H. ersichtlichen Gründen für den Kläger war entschieden und ausgesprochen worden, dass des Titius Erben der 30,000 Thlr. Radicirung auf den Erbgütern und die Verwendung der Zinsen davon zu dem im Testamente vorgeschriebenen Zwecke geschehen zu lassen schuldig wären, wurde in dritter Instanz — m. s. die Beilage unter H. — des Klägers Suchen in der angebrachten Maasse abgewiesen. Alles übrige in factischer Hinsicht Bemerkenswerthe wird der aufmerksame Leser leicht von selbst aus den Beilagen ergänzen können.

verliert, zu verschonen, wenn jedoch dem Testamente die Codicillarclausel beigefügt worden, wie in dem Numerianischen geschehen, und von Beklagten eingeräumet wird, so bleibt das Vermächtniss jederzeit bei Kräften.

Nach diesen Prämissen beruht ausser Zweifel:

a) dass Eingangserwähntes, auf den Rittergütern N. N. testamentarisch radicirtes, auch von der competenten Hypothekenbehörde mittelst Recognition als unablösliche Grundschuld anerkanntes Capitallegat von 30,000 Thlr. seine Wirksamkeit behalte, es möge der Edictalprocess wegen der fideicommissarischen Substanz einen Ausgang nehmen, welchen er wolle,

b) dass der 30. Tag nach dem kinderlosen Ableben des Titius den Zeitpunkt abgiebt, mit welchem die Zahlungsverbindlichkeit für den Besitzer jener Rittergüter zu laufen begann,

c) dass die Hypothekenbehörde, eben so befugt als gesetzlich verpflichtet war, den betagten Legatstämmen Hypothek an diesen Immobilien zu bestellen, weil die beiden Bedingungen der Fälligwerdung eingetreten, nämlich Titius kinderlos verstorben, vorher aber in den Civilbesitz der Güter gelangt war, und die Disposition des Erblassers ausdrücklich anerkannt hatte.

d) dass mithin für den Actor der errichteten Stiftung ein vollkommen begründetes Recht vorhanden, gedachte Legatzinsen seit obiger Verfallzeit zu fordern, auch den desfallsigen Anspruch durch die angestellte Hypothekenklage gegen des Titius Erben als derzeitige Inhaber der unterpfändlich haftenden Güter schon jetzt geltend zu machen.

G. b.

Entscheidungsgründe der 2. Instanz.

Die Worte im Testamente „auf diesen Fall“ bezeichnen allerdings eine Bedingung, allein diese Bedingung ist nicht darauf, dass die Güter an die Agnaten

fallen, sondern darauf gestellt, dass der Sohn des Testators, nachdem die Güter an ihn abgetreten worden, ohne Hinterlassung von Leibeserben verstürbe. Nur dies war die Bedingung, von deren Eintritte der Testator theils

a) die fideicommissarische Berufung der Agnaten zu dem Besitze der Güter, theils

b) das in der Klage erwähnte Stiftungsvermächtniss abhängig machte.

Schon die wörtliche Fassung der fraglichen Stelle des Testamentes: „Stürbe sein Sohn Titius ohne Hin„terlassung von Kindern, so sollten die Güter alsdann „an seine alsdann vorhandene nächste Agnaten des „Numerianischen Geschlechtes fallen. Auf diesen Fall „radicire er auf gedachte Güter unablösbar 30,000 „Thlr. damit von dem jährlichen Zinsbetrage un„bemittelte Wittwen und Töchter des Numerianischen „Geschlechtes und während ihrer Studienzeit Studi„rende des nämlichen Geschlechts Unterstützung erhalten sollten," legt dies dar. Könnte darüber noch ein Zweifel obwalten, und käme es auf Auslegung einer undeutlich gefassten testamentarischen Bestimmung an, so würde solche ebenfalls nur gegen die Behauptung der Beklagten zu geben sein. Aus dem Testamente ergiebt es sich klar, dass der Testator zunächst das Interesse und die Sorge für seinen Sohn Titius und dessen etwanige Descendenz im Auge hatte, dass er aber dann, wenn keine Descendenten vorhanden wären, einen Theil seines Vermögens seinen Agnaten zuwenden, auch überdies, doch ebenfalls mit vornämlicher Rücksicht auf das Numerianische Geschlecht, eine bedeutende Summe auf eine mildthätige und gemeinnützige Weise verwendet wissen wollte, und nur einen kleinen Theil auf die Verwandten des Titius oder Andere gebracht zu sehen wünschte. Ging nun seine Absicht bei Errichtung der Legatstiftung dahin, dadurch das, was er seinen Agnaten zur freien Disposition beschieden, um den Betrag der Legatstiftung zu vermindern, so konnte es nicht in seiner Meinung liegen, dass dann, wenn keine Agnaten

vorhanden, oder, was dem gleich steht, wenn noch keine Agnaten in dem Besitz der Güter gelangt wären, die Güter vielmehr von den Verwandten des Titius besessen würden, seine wohlmeinende Absicht für die Legatstiftung unerfüllt bleiben, und das den letzteren Entzogene den, von ihm augenfällig minder bedachten Verwandten des Titius zufallen solle.

Hierzu kommt, dass dem Testamente die Codicillarclausel beigefügt ist, und daher selbst dann, wenn man die Agnaten als die mit dem Legate beschwerten Fideicommiserben betrachten müsste, das Recht der mit dem Legate bedachten Stiftung keinesweges davon abhängig ist, ob die Onerirten das ihnen fideicommissarisch Beschiedene annehmen können und wollen oder nicht, dass vielmehr vermöge dieser Clausel und in Folge der in den Rechten geordneten Begünstigungen der Legate zu milden Zwecken, so wie in Rücksicht auf die Wortfassung des Testamentes, wodurch der Testator deutlich seinen Willen zu erkennen gegeben hat, es sollten dann, wenn sein Sohn kinderlos verstürbe, aus den Gütern von deren Besitzer die Zinsen des legatweise darauf radicirten Hauptstammes, zu Erfüllung der bezeichneten milden Zwecke verabfolgt werden, sofort mit dem Eintritte der gedachten Bedingung die Stiftung berechtiget wurde, von jedem Besitzer derjenigen Nachlassobjecte, auf die sie mit dem Legate gewiesen, die Zinszahlung zu fordern.

II.

Was Beklagte dem erhobenen Anspruche entgegenstellen, besteht hauptsächlich darinnen, dass noch zur Zeit die Fideicommiserben nicht ausgemittelt wären, also die bedingte und von dem Falle, wo die Güter an die bezeichneten nächsten Agnaten fallen würden, abhängige Disposition noch gar nicht in Wirksamkeit getreten sei, dass gegen niemanden, als gegen die Fideicommiserben, insofern dergleichen sich legitimiren sollten, jene Disposition geltend gemacht werden dürfe. Der entgegengesetzten Meinung — und dieser haben

die dem jetzt gesprochenen vorhergegangenen beiden Urthel ihre Zustimmung gegeben — ist Kläger, welcher die Existenz der Stiftung zwar auch als eine bedingt angeordnete betrachtet, jedoch nicht als eine, die von dem Anfalle der Güter an die bezeichneten nächsten Agnaten abhänge, sondern als eine solche, die eben so wie jener Güteranfall nur von dem kinderlosen Ableben des Titius abhängig gemacht sei.

Keiner von beiden Ansichten hat man in voller Ausdehnung beistimmen können.

In der Natur der Sache liegt es, dass letztwillige Verordnungen als in niedergeschriebenen Worten documentirte Willenserklärungen zunächst nach ihrer Wörtlichkeit, somit aber, wie jede Rede grammatisch zu erklären sind. Diesen Satz auf vorliegenden Fall anwendend, bemerkt man, dass jede Bezeichnung mit dem pronomen demonstrativum dieser auf ein zunächst liegendes geht, dass also, wenn von gewissen Prämissen eine einzige bezeichnet wird, weil das pronomen dieser sich im Singular gebraucht findet, nur die zunächst vorhergegangene Prämisse bezeichnet ist, woraus sich dann ergiebt, dass in vorstehender Disposition die Radicirung der 30,000 Thlr. zu den dabei ausgesprochenen Zwecken von dem Anfall der Güter an die nächsten Geschlechtsagnaten bedingt ist, dass nur durch diesen Anfall die Stiftungen Platz ergreifen, hierzu aber auch weiter nichts, als eben dieser Anfall erfordert wird. Keinesweges folgt aber hieraus, wie Beklagte behaupten, nie könnten sie als mit den Stiftungen onerirte Personen angesehen werden, indem nur die nächsten Agnaten, insofern sich dergleichen melden und legitimiren sollten, als damit belastet zu betrachten wären; denn eben mit der grammatischen Auslegung ist jene Behauptung unvereinbar, sobald man den Begriff delatio hereditatis und dessen nicht mit acquisitio hereditatis zu vermengende Kennzeichen scharf in das Auge fasst, auch hierbei nicht übersieht, dass, wie dies ausdrücklich anerkannt wird in

Lauterbach colleg. pract. Lb. XXVIII. tit. 1. §. 4.

delatio und Anfall einer Erbschaft einander synonym sind. Es ist aber der Anfall einer Erbschaft und also auch einer hereditas fideicommissaria etwas von dem Erwerbe, der aditio, ganz Unabhängiges.

Die delatio ist vorhanden, sobald das Recht vorhanden ist, die Erbschaft durch den Antritt zu erwerben. Das Vorhandensein eines Rechtes erfordert einerseits den ihm entsprechenden Titel, andrerseits Jemanden, der diesen Titel in seiner Person geltend zu machen befugt ist, welchergestalt denn, wie auch l. 151. ff. de V. S. (50. 4) sich ausdrückt: hereditas delata diejenige ist, quam quis (so viel wie aliquis, irgend jemand) adeundo possit consequi.

M. vergl. Makeldey Lehrbuch des heut. Pr. Rechts Bd. II. §. 609. 7. Ausgabe.

Die Gewissheit aber, dass es jemanden giebt, in dessen Person das Recht zum Erwerbe des Fideicommisses vorhanden ist, findet sich hergestellt, sobald die richterliche Ueberzeugung anzuerkennen hat, dass Agnaten des Testirers d. h. mit demselben sub eodem stipite communi befindliche Personen am Leben sind; denn es muss alsdann einen nächsten oder mehrere vor andern dem Testirer gleich nahe Verwandte geben, zu dem vorhandenen Titel auch ein demselben geltend zu machen berechtigtes Individuum vorhanden sein. Ob dieses Individuum sich melde und eo ipso den animum adeundi erklärt, das ist in der vorliegenden Beziehung etwas Gleichgültiges. Darum ist es aber auch unter der Voraussetzung, dass nur so viel gewiss wird, es sind Agnaten des Testirers vorhanden, in eben dieser Beziehung etwas Gleichgültiges, ob von denjenigen, die sich melden, oder bereits gemeldet haben dürften, einer oder mehrere sich als nächste legitimiren. Denn unter der gedachten Voraussetzung brauchten sich überhaupt gar keine zu melden, und es blieb dennoch gewiss, dass es einen oder mehrere nächste und

also jedenfalls aliquem giebt, qui fideicommissum adeundo possit consequi, mit andern Worten: das delatio fideicommissi stattgefunden hat.

Sich melden und sich legitimiren, durch welches letztere überhaupt kein Recht hervorgerufen, sondern blos die Persönlichkeit nachgewiesen wird, der das Recht inhärirt, sind das an sich unzertrennbare letzte factum des Erwerbes, welches man, wie dies wörtlich

Thibaut, — System des Pandectenr. §. 671. 6. Ausgabe —

ausspricht, von dem Begriffe der delatio völlig auszuscheiden hat. Aus alle dem folgt, dass, bevor die Existenz mit dem Erblasser sub eodem stipite befindlicher Personen actenkundig ist, was keinesweges als etwas in notorietate Beruhendes angesehen werden konnte, die erhobene Klage unstatthaft, statthaft aber ist, sobald der Kläger mit, oder ohne Bezugnahme auf bewiesene Gradesnähe darauf sich zu fundiren vermag, dass es mit dem Testirer sub communi stipite befindliche männliche Individuen giebt. Denn alsdann muss es auch, wie schon gesagt, einen oder mehrere nächste Agnaten geben, in deren Person das Recht der aditio vorhanden ist. Alsdann ist der Anfall eingetreten, und unter dieser einzigen Voraussetzung sind die in Frage stehenden 30,000 Thlr. von dem Testator auf den Fideicommisgütern radicirt. Nach alledem führt gerade die grammatische Auslegung der Stelle, welche Beklagte selbst durchgehends geltend zu machen suchen, dahin, dass die geordnete Verwendung der Zinsen von 30,000 Thlr. Hauptstamm Platz ergreifen kann, ohne dass der Gütercomplex und was zugleich mit diesem fideicommittirt ist, wirklich an Fideicommiserben überzugehen brauchte. Ueberdies, wenn, wie unbestritten ist, der präsumtive Wille des Testators die Norm für Auslegung dunkler und zweideutiger letztwilliger Dispositionen ist, so darf man gewiss am wenigsten gegen diesen Willen in den Fällen verfahren, wo eben dieser Wille mit der grammatischen Interpretation zusammentrifft.

Man kann es jedoch nicht wahrscheinlich finden, dass der Testator, welcher in dem Falle, wo sein Sohn kinderlos versterben würde, seine nächsten Agnaten berechtigen wollte, in das Fideicommis einzutreten, und daferne diese (davon, dass Agnaten vorhanden sind, abhängige) Berechtigung eintritt, zugleich Wittwen, Töchtern und Studirenden des Numerianischen Geschlechtes eine Unterstützung sichern wollte, die Erreichung dieses letzteren Zweckes nicht in dem Falle sollte angemessen gefunden haben, wo zwar die delatio sich ereignen, nicht aber auf den Anfall auch die Acquisition folgen möchte. Dies liesse nur dann sich annehmen, wenn das Testament ausspräche, es sollten die 30,000 Thlr. Stiftungscapital in dem Fall auf den Gütern radicirt sein, wo letztere auf die Fideicommiserben würden übergegangen sein.

VIII.

Ueber juristische Auslegung.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Als Objecte der juristischen Auslegung sind S. 112. Gesetze, Verträge und letztwillige Verordnungen genannt; denn obgleich sich die Mannichfaltigkeit der Documente, zu deren Auslegung der Jurist als solcher, kann berufen werden, durch keine Classification erschöpfen lässt, sind doch die oben angeführten die einzigen, deren Auslegung dem Juristen ausschliesslich anheimfällt. Welche Regeln nur immer für Auslegung von Verträgen aufzustellen sein mögen, im Voraus erwartet man, dass dieselben, wenn auch modificirt, doch um nichts weniger anwendbar bei testamentarischen Verordnungen sein werden. Da es aber denkbar und möglich ist, dass einen Vertrag auslegende Juristen bei ihrenOperationen gewisse Regeln zu beobachten haben, die in Gesetzen vorgeschrieben sind, welche selbst noch einer Auslegung bedürfen können, so ist zunächst von Auslegung der Gesetze zu handeln; dies jedoch nicht ohne folgende Bevorwortung:

Das Bewusstsein Jahrelang immer wieder zu diesem Gegenstande zurückgekehrt zu sein, und durch dessen immer erneute Betrachtung eine eigenthümliche Ueberzeugung gewonnen zu haben, flösst dem Verfasser nicht die Zuversicht ein, er sei berufen sich darüber zum Lehrer aufzuwerfen, wäre auch selbst in einem Werke, wie das vorliegende, Raum für eine belehrende Ausführung gegeben, die jedenfalls einen bedeutenden materiellen Umfang erfüllen würde. Um aber durchaus kein Mittel zu verabsäumen, was geeignet sein könnte ihm darüber Aufklärung zu verschaffen, ob er der ihm

eigenthümlichen Ueberzeugung vertrauen dürfe, muss der Verfasser andere, welche anderen Meinungen ergeben sind, es möglich zu machen suchen, ihm zu widersprechen, ihrerseits ihn eines besseren zu belehren. Damit nun die juristische Nächstenliebe sich diesem Geschäfte um so bereitwilliger unterziehe, erleichtert er ihr die Mühwaltung, indem er dasjenige, was er für wahr hält und seine Gründe dafür nach Möglichkeit kurz und Deo favente nach Möglichkeit präcis darlegt.

§. 2.

Begriff der Auslegung im Allgemeinen.

Was wir hierüber zu sagen haben, zerfällt in nachstehende Bemerkungen:

1) Nicht kann die Rede sein von Auslegung eines einzelnen Wortes, welches nicht den Bestandtheil einer gegebenen Rede bildet, desjenigen was Aristoteles ein *ἄνευ συμπλοκῆς λεγόμενον* nennt.

Wenn ich die zur Zeit noch unbekannte Bedeutung eines Wortes bekannt mache, übernehme ich das Amt eines interpres (Dollmetschers *), und dies zu thun wird nur möglich, indem ich für das unbekannte oder doch

*) Dass unter andern Bedeutungen interpretari auch auslegen heisst, ist bekannt. Nicht selten wird aber, so zahlreich auch die Stellen sind, wo in den Pandekten interpretatio juris einen vielumfassenderen Sinn hat, dies übersehen. Aus der classischen Literatur s. m. Cic. de officiis Lb. 1. cp. 10. Existunt etiam saepe injuriae, calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud, summum jus, summa injuria, factum est jam tritum sermone proverbium. Quo in genere etiam in republica multa peccantur: ut ille, qui, cum triginta dierum essent cum hoste induciae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium induciae. Ne noster quidem probandus, si verum est, Q. Fabium Labeonem seu quem alium (nihil enim habeo praeter auditum) arbitrum Nolanis et Neapolitanis de finibus agri a senatu datum, cum ad locum venisset cum utrisque separatim locutum, ne cupide quid agerent, ne appeterent; atque ut regredi, quam progredi mallent. Id cum utrique fecissent, aliquantum agri in medio relictum est. Itaque illorum fines sic, ut ipsi dixerant, terminavit; in medio relictum quod erat, populo Romano adjudicavit.

keine hinlänglich bestimmte Vorstellung gewährende Wort eine Bedeutung so lange supponire, bis diese Suppositionen es möglich machen mit jeder Proposition, in der ich das Wort gebraucht finde, einen zusagenden Sinn zu verbinden.

Es kann aber

2) das an sich verständliche Wort unverständlich oder doch wenigstens zweideutig werden als Bestandtheil einer Rede.

Z. B. keinem des Lateinischen Kundigen ist die Bedeutung des Wortes aut unbekannt, allein man sehe l. 52. §. 2. de act. emt. et vend. und man wird sich fragen müssen: ob man in dieser Stelle die Bedeutung von und oder von oder anzunehmen habe?

Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus, praeter dominum recte recepta habitatio est. Paulus: immo si cui in ea insula, quam vendideris, gratis habitationem dederis, et sic receperis: habitatoribus aut in quam quisque diem conductum habet, parum caveris; nominatim *enim* de his recipi oportuit, itaque eos habitatores emtor insulae habitatione impune prohibebit *)

Also

3) nur zu einer Rede verbundene Wörter sind Gegenstand der Auslegung (explicatio) und wir verstehen darunter eine

*) l. 53. pr. de V. S. (50. 16.) Saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud veteres: agnatorum gentiliumque pro separatione accipitur. At cum dicitur: super pecuniae tutelaeve suae, tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus: quod dedi aut donavi, utraque continemus.

l. 14. §. 3. de R. D. (34. 5.) .... cum ita concipio: si illud aut illud non fuerit .... effectus hic est, ut neutrum fiat.

l. 124. de V. S. Haec verba: ille aut ille, non solum disjunctiva sed etiam subdisjunctivae orationis sunt. Disjunctivum est, veluti cum dicimus: aut dies aut nox est, quorum posito altero, necesse est tolli alterum, item sublato altero, poni alterum.

Operation, welche uns über den mit einem Worte zu verbindenden Sinn Gewissheit geben soll. Hingegen sobald als darüber, was die Worte einer Rede sagen sollen, kein Zweifel obwaltet, ist eine solche Operation nicht nur entbehrlich, sondern auch unmöglich.

So gewiss der helle Tag keine Erleuchtung verstattet, so gewiss lässt nur das Complicirte sich expliciren und nur die Rede sich auslegen, welche ausserdem den Zweck jeder Rede, der Absicht des Redenden entsprechende Vorstellungen in dem Hörer oder Leser zu erwecken, verfehlen würde. So kann ich z. B. den Quartaner in den Annalen des Tacitus über den Sinn der Worte: urbam Romam a principio reges habuere, belehren, aber auslachen würde mich der Primaner, wenn ich ihm dieselben auslegen wollte. Nach Thibaut Theorie der Auslegung des röm. Rechts 2. Ausgabe 1806. S. 11. und v. Savigny System des heutigen röm. Rechts Bd. 1. S. 206. ist keine Verständlichkeit der Rede über die Auslegung erhaben. Jener drückt sich also aus:

„Jeder, welcher sich einer Rede bedient, hat zur Absicht, durch dieselbe gewisse Gegenstände zu bezeichnen, und diese als Gegenstand der Rede zu denkenden Objecte werden im eigentlichen Verstande der Sinn derselben genannt. Wird dieser Sinn aus Gründen entwickelt, so nennt man dies Auslegung (interpretatio) die Rede sei nun an sich dunkel und insofern einer Erklärung bedürftig, oder nicht.“

Nach v. Savigny ist

„die Gesetzauslegung eine freie Geistesthätigkeit, durch die wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen, d. h. so wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmässigen Verfahrens erkennbar wird. Sie ist bei jedem Gesetz, das in das Leben eingreifen soll, nothwendig, und in dieser ihrer allgemeinen Nothwendigkeit liegt zugleich ihre Rechtfertigung. Ihre Anwendbar-

keit ist also nicht etwa, wie Viele annehmen, bedingt durch den ganz zufälligen Umstand der Dunkelheit eines Gesetzes.“

§. 3.

Voraussetzungen, unter denen über den Sinn einer Rede Zweifel entstehen und darum die Auslegung derselben nöthig werden kann.

Die Auslegung kann nöthig werden in dreierlei Fällen:

1) wenn man mit den Worten des Autors, obschon mit der Sprache vertraut, in dem Zusammenhange, in welchem sie stehen, keinen Sinn zu verbinden weiss.

Wenn z. B. Aristoteles die Dinge in solche theilt, die *κατὰ ὑποκειμένου λέγονται*, wörtlich: nach einem Unterliegenden benannt werden; *ἐν ὑποκείμενῳ ἐστὶ*, wörtlich: in einem Unterliegenden sind; in einem *ἐν ἀριθμῷ* oder *ἄτομον* bestehen, wörtlich: nur in der einfachen Zahl sich finden oder untheilbare sind; (Organ. ed. A. Pacii Hannover 1623) so würde ohne Auslegung auch der Grieche, mag er nun die Operation selbst, oder ein andrer sie für ihn übernehmen, nicht verstehen, dass Aristoteles darunter Gattungen und Geschlechter der Objecte, Qualitäten derselben und die Individuen gemeint hat, aus welchen Gattungen und Geschlechter betstehen.

Eben so in den Gesetzen. Eine sächsische Decision spricht von der occupatio bellica bei innerlichem Kriege. Ohne Auslegung weiss auch der Deutsche nicht, dass darunter bürgerlicher und ganz besonders der dreissigjährige Krieg gemeint sei, so geläufig ihm übrigens der Begriff von innerlich ist. (M. s. Bd. I. S. 75. ff.)

2) Ein Redesatz kann einen vollkommen verständlichen Sinn geben und dennoch zur Auslegung auffordern, weil er, in Verbindung mit vorhergehenden oder fol-

genden Sätzen betrachtet, den Zweifel erregt, ob der auf den ersten Anblick sich von selbst und ohne alle nachhelfende Operation ergebende Sinn derjenige sei, den der Autor mit dem Satze verbunden hat.

Z. B. in Lb. III. cap. 10. hist. Tacit. lesen wir, wie gegen Flavianus, einen Anführer der gegen Vitellius anrückenden Vespasianischen Truppen, die Soldateska meutrisch sich erhebt, sein Leben bedroht, endlich Antonius, ein anderer der Anführer des Vespasianischen Heeres den Aufstand dämpft, und mit Einbruch der Nacht die Meuterer sich ruhig in ihre Gezelte begeben. Hierauf folgen die, an sich genommen, niemanden unverständlichen Worte: „Profectus eadem nocte Flavianus, obviis Vespasiani litteris, periculo exemtus est;“ d. h. Flavianus, in derselben Nacht abgereist, ist durch einen ihm unterweges begegnenden Brief des Vespasianus der Gefahr entnommen worden.

Kann aber dies zu sagen die Absicht des Tacitus gewesen sein, da Briefe nicht an und für sich selbst, sondern nur in fortgesetzter Verbindung von Ursache und Wirkung eine Gefahr beseitigen, und sie am allerwenigsten von dem abwenden können, der den Schauplatz derselben schon verlassen hat?

Eben so giebt in l. 6. §. 7. mandati jeder Satz für sich genommen einen verständlichen Sinn:

Marius Paulus quidam fidejusserat pro Daphnide, mercedem pactus ob suam fidejussionem, et sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certam quantitatem dari, hic a Claudio Saturnio Praetore majore fructus inferre jussus erat, et advocationibus et idem Saturnius interdixerat. Videbatur autem mihi judicatum solvi fidejussisse, et quasi redemtor litis exstitisse, et velle a Daphnide mandati judicio consequi, quod erat condemnatus; sed rectissime divi fratres rescripserunt, nullam actionem, eum propter suam calliditatem habere, quia mercede pacta accesserat ad talem

redemtionem. Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit, ut, si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat; sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat. Quae sententia utilitati rerum consentanea est.

Allein die Verbindung dieser Sätze unter einander hat das Fragment in den verjährten Besitz gesetzt ein crux interpretum zu sein.

3) Die verständlichste Stelle eines Autors kann einer Auslegung bedürfen, wenn ausserhalb der Schrift liegende Momente Zweifel über den Sinn erregen, in dem er sie niedergeschrieben hat.

Z. B. im Galba des Sueton lesen wir cp. 7.: „in jure dicendo, cum de proprietate jumenti quaereretur, levibus utrimque argumentis et testibus, ideoque difficili conjectura veritatis, ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite involuto atque ibidem revelato, ejus esset ad quem sponte se a potu recepisset.“ Hat hier Sueton, indem er ein Verfahren berichtet, das einem türkischen Kadi alle Ehre machen würde, unvereinbar aber mit dem uns bekannten röm. Rechtszustande ist, etwas preiswürdiges oder tadelnswerthes schildern, die Vorstellung des einen oder des andern in dem Leser erwecken wollen?

Ein anderes, aus der juristischen Literatur entnommenes Beispiel:

A. hat laut schriftlichen Contractes an B. 100 Acker Land verkauft, allein er übergiebt ihm 110. Davon werden 10 evincirt. Kann B. Eviction fordern? Gewiss nicht. Allein ein gar nicht niedergeschriebenes Moment kann beweisen, dass die Zahl 100 nur in dem Sinne einer unwesentlichen Demonstration ist genannt worden, und darum für die 10 Acker Eviction zu leisten ist.

l. 45. de evict. Qui fundum tradiderat jugerum centum, fines multo ampliores emtori demon-

straverat. Si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate ejus emtori praestandum ait, quamvis id, quod relinqueretur, centum jugera haberet.

§. 4.

Kann die Gesetzauslegung auch noch von andern Prämissen bedingt sein?

Eine dritte Voraussetzung, unter welcher man eine Rede auszulegen veranlasst sein könnte, wird nicht zu entdecken sein. Dass unter den nämlichen Voraussetzungen auch die Gesetzauslegung Platz ergreift, zeigen die oben aufgestellten Beispiele. Es fragt sich aber, liegt nicht in der Natur des Gesetzes eine Eigenthümlichkeit, wodurch obige Classification der Umstände, unter welchen Ungewissheit über den Sinn einer Rede entstehen kann, unerschöpfend für die Gesetzauslegung wird? Dies hat man zu verneinen.

Das Wesen eines Gesetzes beruht auf zwei Kennzeichen, darauf:

a) dass es etwas erlaubend, verbietend oder gebietend ausspricht,

b) Anstalten getroffen sind, welche dem Ausspruche äussere Geltung im Leben sichern.

Ersteres Kennzeichen hat das Gesetz mit unzähligen Stellen alter Schriftsteller gemein, deren keine von irgend einem Commentator um deswillen ist ausgelegt worden, weil sie dunkel in einer andern als in einer der drei von dem Verfasser entwickelten Beziehungen wäre. Eben so wenig führt das zweite Kennzeichen zu eigenthümlichen Voraussetzungen der Gesetzauslegung. Man nehme an, das künstlerische Gewissen eines Dichters beobachtete des Horaz ars poëtica so unverbrüchlich als der Staatsbürger das Gesetz; könnten um deswillen Momente eintreten, welche jenen Dichter bei Stellen Anstoss finden liessen, die dem Philologen keiner Auslegung bedürften?

§. 5.

Giebt es Regeln für die Auslegung im Allgemeinen?

Jede dem Ausleger vorgeschriebene Regel könnte nur die detaillirtere Ausführung des Princip's sein: Dringe in den Geist des Schriftstellers ein, indem du von dem verständlichsten zu dem minder Verständlichen vorzuschreiten suchst; mache dich mit den Ideen und Vorstellungen vertraut, in denen sich das geistige Leben seines Zeitalters abschliesst. Da es nun aber keine Regel giebt, in deren Befolgung die Gewähr läge, man müsse in den Geist des Schriftstellers eingedrungen sein und das intellectuelle Leben der Mitwelt desselben in sich aufgenommen haben, so giebt es auch keine Regel für die Auslegung. Sie verfährt nach einer Methode, der bei jedem Schriftsteller, bei jeder Stelle desselben die Wahl der Hülfsmittel frei gegeben bleiben muss, man kann anleiten zur Auslegung, nicht sie lehren, wie man zum Schwimmen anleiten, nicht es lehren kann. Wenn ein Commentator des Cicero seine Vorgänger zurecht weist, so zeigt er, wie sie in dem concreten Falle sich haben irre führen lassen, demonstrirt aber nicht, dass, weil die Regel X gelte, und die Operation Y sie nicht beobachtet habe, das Resultat Z falsch sei. Auslegung ist eine Kunst. Der wohlfeile Einwand: dass jeder Künstler seinen Schülern Regeln gebe, beruht auf einem Missverständnisse. Niemandem lässt sich sagen was er thun oder unterlassen müsse, um ein Kunstwerk herzustellen, wohl aber, was gethan oder unterlassen, die Möglichkeit eines Kunstwerkes aufheben oder doch dasselbe auf eine tiefere Stufe der Vollendung herabsetzen würde.

§. 6.

Giebt es für die Gesetzauslegung bestimmte Regeln?

Lässt man dahingestellt, ob eine Gesetzgebung dergleichen Regeln könnte vorgeschrieben haben, so möchte man die Frage schlechthin verneinen. Das allereigen-

thümlichste Kennzeichen des Gesetzes, ein Ausspruch zu sein, welcher bestimmt ist, die Norm einer Praxis aufzustellen, hat mit der Art und Weise der Erkenntniss des Gesetzes so wenig etwas gemein, als der künftige ausübende Arzt besondere Lehrvorträge über Anatomie hört, die dem blos theoretischen Naturforscher eine zwecklose Belehrung geben würden. Jedoch hier tritt uns ein bedeutender, obschon nur auf eine negative Vorschrift hinauslaufender Unterschied entgegen. Sobald es sich um Auslegung irgend eines Schriftstellers handelt, sind die Mittel, uns über den Sinn desselben aufzuklären, unbegränzt. Die unbedeutendste Anschauung in der Gegenwart kann uns plötzlich über eine Stelle des Aristoteles aufklären, eine neue Entdeckung in den Naturwissenschaften über einen Satz im Herodot Licht verbreiten; *) hingegen sobald ich ein Gesetz anwenden will, alsdann ist es mehr als widergesetzlich, alsdann ist es ungerecht, etwas ausser dem Gesetze als Mittel der Auslegung zu betrachten, sei es nun, dass dazu ausreicht, das Gesetz isolirt aufzufassen, oder ein Verständniss desselben nur durch den Vergleich mit andern Bestand-

*) Das nämliche gilt von jedem neueren Autor, nur ohne dass wir es uns so lebhaft bewusst sind, weil unter der verhältnissmässig geringen Zahl derjenigen, mit welchen sich zu beschäftigen überhaupt der Mühe verlohnt, kein einziger uns so fern liegt, als der späteste Schriftsteller des Alterthums. Die Unendlichkeit desjenigen Wissens, welches die Auslegung der alten Autoren erfordert, scheint manchem begünstigten Philologen im Augenblicke des Bedürfnisses auf dem Wege der Inspiration zu kommen, und alles, vorausgesetzt er stösst darauf in einem alten Autor, alsdann sonnenklar vor seinen Blicken zu liegen. Mancher, der sich vor dem geringfügigsten Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens im Gefühl der Rechtsunkunde bescheiden zurückzieht, kommt nicht in die mindeste Verlegenheit, wenn er über ein staats- oder privatrechtliches Verhältniss sprechen soll, das Cicero berührt. In solchem Zustande der Begeisterung ist einem neuen Herausgeber der Offic. des Cicero die Offenbarung geworden, dass es in Rom Auctionen gegeben hat, wo der Preis durch Herunterbieten bestimmt wurde, dass in Offic. Lb. 1. cp. 7. conditio Bedingung heisst.

theilen der Gesetzgebung erreichbar wird. Ungerecht würde ein entgegengesetztes Verfahren sein, weil dasselbe allemal zu dem Ergebnisse führen müsste, dass Jemand es als ein Verschulden sollte gelten lassen, sich unbekümmert um etwas gelassen zu haben, um das sich zu bekümmern er nicht die entfernteste Veranlassung, jedenfalls keine Verpflichtung hatte. Die Würdigung gegebener Umstände, unter denen diese unbestreitbare Wahrheit nicht nur verkannt zu werden pflegt, sondern unbeachtet bleiben muss, dem §. 7. vorbehaltend, wendet jetzt der Verfasser sich zu Betrachtung des möglichen Werthes, den eine Anleitung zur Gesetzauslegung haben kann. Eine Lehre derselben ist ein Unding, weil nach dem obigen die Gesetzauslegung, unternimmt man sie zum Zwecke der Anwendung, als ihr eigenthümlich nur die obenaufgestellte Regel — m. s. §. 5. S. 131. — zu beobachten hat. Steht es aber um die explicatio legis, unternommen zum Behufe der applicatio, eben so wie um die Auslegung einer Schrift, die im Ganzen und in ihren Theilen einzig und allein aus sich selbst erklärt werden soll, so begeht eine Anleitung zur Gesetzauslegung, die sich nicht zunächst mit der anzuwendenden Legislation beschäftigt, ein *ὑστερὸν πρότερον* und wird nie Erspriessliches leisten, wie sich leicht an folgendem Beispiele darthun lässt. Kaum wird man die Schriften eines Philosophen anders, als nur aus sich selbst erklären können. Glaubte hingegen ein Ausleger des Aristoteles sich ein Verdienst zu erwerben, indem er eine Anleitung zu Auslegung philosophischer Schriften ausarbeitete, so würde er nur seine Unfähigkeit manifestiren, zu Verständniss jenes Autors mitzuwirken.

§. 7.

Fortsetzung. Würdigung eines Einwandes, auf den zu stossen, die in §. 6 aufgestellte Behauptung gefasst sein muss.

In Ländern des gem. Rechts, d. h. in solchen, wo neben particularrechtlichen Verordnungen die Justinianeischen Rechtsbücher als Gesetzgebung gelten, erfordert

die Rechtsanwendung eine Auslegung in unendlichem Umfange und das Widersinnige verlangte, wer den Praktiker bei dieser Operation auf das corpus juris und die particularrechtlichen Verordnungen beschränken wollte. Das Verständniss jenes erfordert den ausser ihm liegenden Apparat von weltbekannter Weitschichtigkeit, und diese sind meistens unverständlich, wenn man nicht weiss, welche, vielleicht ganz falschen Ansichten (ein Beispiel Bd. 1. S. 75. ff.) die Verfasser derselben, indem sie sich auf röm. Recht basirt fanden, mit Theorien desselben verbunden haben. Da es nun aber — weiter unten werden wir darauf zurückkommen — ein ganz anomaler Zustand ist, wenn in einem Staate als Gesetz gelten soll, was nur ausnahmsweise in Form von Gesetzen abgefasst ist und Gesetz zu sein niemals bestimmt gewesen ist, so muss auch bei Anwendung dieses Stoffes die Noth, d. h. die Anomalie zur Tugend gemacht werden und — sind wir wahr gegen uns selbst, so können wir die Behauptung nicht bestreiten — jeder sich und andern zu helfen suchen, wie er eben kann. Dass es demohngeachtet leidlich, ja in vielen Beziehungen gut und besser geht, als wo Gesetzgebungen existiren, das beweist nur entweder für der letztern Unwerth, oder für den Werth derjenigen, die in solchem Rechtszustande Recht zu sprechen haben. So viel bleibt auch für Länder des gem. Rechts unabweisbar gewiss, keine Vorschrift, die in dem corpus juris auf eine Weise ausgesprochen worden ist, die über ihren Sinn keinen, durch andre Stellen des corpus juris selbst hervorgerufenen Zweifel verstattet, oder, solchenfalls, aus noch andern Stellen genüglich ausgelegt werden kann, kein Bestandtheil des vaterländischen Rechtes, zu dessen Auslegung dieses ausreichende Hülfsmittel bietet, darf aus Niebuhrs röm. Geschichte, älteren oder neueren Landtagsacten ausgelegt werden. Nicht gering ist die Masse dieses Stoffes, und darum auch in solchen Ländern §. 6. u. flg. von practischer Wahrheit. Doch kann unter solchen Umständen nicht einmal eine Anleitung zur Gesetzauslegung gegeben werden, bevor —

dies Riesenwerk zu übernehmen würde des Verfassers Kräfte übersteigen — eine Uebersicht desjenigen Stoffes ermittelt ist, an dem wir die abgeschlossene Selbstständigkeit eines Gesetzes bemerken.

§. 8.

Die sogenannte logische Gesetzauslegung.

Die Juristen sprechen von einer logischen Auslegung, die sie jedoch nur auf die Gesetze beziehen, wie denn auch tüchtige Philologen dem Verfasser weder auf Schule noch Academie etwas von einer solchen gesagt haben. Was man bei unlogischer Auslegung sich zu denken habe, weiss man, allein logisch scheint ein müssiges Beiwort für eine geistige Operation. Stellen des Virgil erfordern eine astronomische, Stellen der historia animalium eine naturhistorische Auslegung, diese wie jene aber eine logische Auslegung. Dass dieselbe im Gegensatze oder auch in einem gewissen Parallelismus zur grammatischen Auslegung genannt wird, macht die Erscheinung nur noch auffallender; denn Logik und Grammatik fallen in der Operation des Auslegens zusammen. Allerdings zeigt sich eine gewisse Möglichkeit in einer Rede ein Logisches, einen Gedanken, auszulegen, der mit keinem Worte ausgesprochen ist; wie denn z. B. Tacitus in Hist. Lb. III. cp. 24. nur die Worte ausspricht: Factum esse scelus loquuntur, faciuntque, aber unendlich mehr sagt. Für solche Stellen, die bei dem Redner und Historiker Glanzpunkte, in Gesetzen aber offenbare Fehler sind, eine besondere Auslegungsart anzunehmen, wäre nur dann möglich, wenn in solchen Fällen der auslegende Jurist anders verführe, als der auslegende Philolog. Allein man betrachte l. 9. C. de pactis inter emtorem et venditorem. Si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum exstruere, vel alio modo humano juri eum eximere, sancimus, licet hoc

apud veteres dubitabatur, tale pactum, ex nostra lege esse fovendum, et immutilatum permanere. Forsitan enim multum ejus intererat ne ei vicinus, non solum quem nollet, aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter interdictum est. Cum etenim venditor vel alius alienator non alia lege jus suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodo ferendum est, aliquam captationem ex varia pati eum interpretatione.

Allerdings ist hier nicht in dem Eingange zu lesen, dass das pactum ne ei vicinus &c. sollte aufrecht erhalten werden, und doch ist darauf Justinians unverkennbare Meinung gerichtet. Allein wie der juristische Ausleger, so würde auch der Philolog, wenn ihm in l. 9. cit. ein Bruchstück irgend einer antiken Gesetzgebung vorläge, hiervon überzeugt und er sich dabei nicht bewusst sein, dass er den Sinn des fehlerhaft abgefassten Gesetzes durch eine Auslegung entdeckt habe, die er mit dem Beinamen „einer logischen“ bezeichnen möchte.

Ein anderes Beispiel.

art. 1583 des Code Napoléon enthält Folgendes: Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Dieser Artikel bedarf einer Auslegung; denn widersinnig scheint es zu sein, dass Eigenthum (propriété), also ein jeden andern als den Eigenthümer ausschliessendes Recht soll erworben, und doch auch nur gegen den Verkäufer soll erworben sein. Durch die Zusammenstellung mit art. 1585 *) und 1138 **) gelangt der Verfasser zu der Auslegung, dass art. 1583,

*) Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte, ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu' à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance, ou des dommages intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.

**) L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul con-

nicht mehr und weniger sagt, als das röm. Recht in der Vorschrift, dass nach dem Kaufabschluss periculum und commodum des Käufers Sache eben so ist, als wäre er durch die Uebergabe bereits Eigenthümer geworden. Unmöglich aber fällt es dem Verfasser, diese Operation in einen logischen und grammatischen Bestandtheil zu spalten, obschon in dem gegebenen Falle offenbar nicht die Grammatik zur Auslegung führt.

Während nun mit „logischer Auslegung“, rein sprachlich genommen, sich kein Begriff verbindet, auch das Auslegen von Gesetzen selbst nichts in dem Objecte entdecken lässt, wodurch man bestimmt werden könnte die Operation in irgend einer Beziehung, oder unter besondern Umständen logische Auslegung zu nennen, wäre es doch wohl möglich, dass Sache und Name positiver Art wären, die Gesetze selbst etwas für ihre Auslegung vorschrieben, das man jedenfalls mit einem besonderen Namen zu bezeichnen hätte, wie passend oder unpassend auch der eben gewählte sein möchte, und wirklich wird gelehrt, dass die logische Auslegung die gesetzlich gebotene, nach Grund und Absicht des Gesetzes also zu bewerkstelligende Auslegung sei, dass unter dem Gesetze begriffen werde, was den Worten nach nicht darunter begriffen ist, oder was den Worten nach als darunter begriffen erscheint, demohngeachtet nicht, oder auch nicht mehr und nicht weniger als die Worte besagen, darunter begriffen werde, demnach eine Gesetzanwendung, dies aber auch wieder in dem uneigentlichsten Sinne des Worts; denn, kann es Gesetzanwendung sein, zu thun, was das Gesetz nicht sagt, oder nicht zu thun, was es sagt? Thibaut spricht über Grund und Absicht des Gesetzes am a. O. in §. 2. S. 12. und 13. sich also aus: „Wer consequent denkt und sich vollkommen ausdrückt, wird durch die

sentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Worte gerade dasjenige sagen, was er sagen will, und was er sagen sollte. Bei vollkommenen Gesetzen wird also dasjenige, was der Gesetzgeber nach den Gründen, worauf seine Vorschrift beruht (ratio legis) sagen sollte, mit dem, was er durch die Worte gesagt hat, (dem Wortverstande des Gesetzes) coincidiren, und mit diesem (d. h. mit den Ideen, welche der gemeine Redegebrauch des Volkes, oder der besondere Redegebrauch einer gewissen Classe von Personen mit den Worten verbindet) wird wiederum dasjenige zusammenfallen, was der Gesetzgeber bei den Worten dachte, und wirklich dadurch ausdrücken wollte. (Absicht des Gesetzgebers:) Es lässt sich aber auch denken, dass ein Gesetzgeber inconsequent bei Durchführung der Gründe seiner Vorschriften ist, und aus Versehen unrichtige Worte zur Bezeichnung seiner Ideen, wie er sie ausdrücken wollte, wählte. In diesem Fall muss man bei dem Gesetz durchaus die drei von einander unabhängigen und verschiedenen Theile unterscheiden: erstlich den Wortverstand der Rede, zweitens die Absicht des Gesetzgebers, und drittens das Resultat des (consequent angewandten) Grundes des Gesetzes.“ Und S. 45 §. 12. lesen wir unter Beziehung auf l. 29. und 30. de LL.: „Die logische Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers beruht auf dem unbedingten Princip: was der Gesetzgeber dachte und sagen wollte, soll als sein ausgedrückter Wille behandelt, stets dem Wortverstande vorgezogen und bei dessen Erläuterung benutzt werden.“

Hierüber Folgendes:

Der Verfasser ist nicht im Stande mit jenen Bestimmungen des Begriffes von Grund und Absicht des Gesetzgebers deutliche Vorstellungen zu verbinden. *) Sollten nicht folgende Betrachtungen zu einem annehmlichen Resultate führen?

*) v. Savigny sagt am a. O. §. 34. S. 216. und 217. „Ist es Aufgabe der Auslegung, uns den Inhalt des Gesetzes zum Bewusstsein zu bringen, so liegt Alles, was nicht Theil dieses Inhaltes ist, wie verwandt es ihm auch sein möge, streng genommen, ausser den Grenzen jener Aufgabe. Dahin gehört also auch die Einsicht in den Grund des Gesetzes (ratio legis). Der Begriff dieses Grundes ist

Die gesetzgebende und die richtende Staatsgewalt, beide finden in jedem Momente ihres Berufes eine gewisse Masse positivrechtlichen Stoffes vorhanden, der in Verhältniss des Bedürfnisses, welches bis dahin sich kund gegeben hat, grösser oder geringer ist. Dieses wächst im Laufe der Zeit also, dass fort und fort gewisse causarum figurae hervortreten, welche sich unter kein Gesetz subsumiren lassen; in andern zeigt sich ein Conflict der bestehenden Rechtsnormen; jene Lücke ist es nöthig zu ergänzen, diesen Conflict auszugleichen. Z. B. die Verjährung soll den Verlust von Rechten herbeiführen, Niemandes Recht aber auch schutzlos gestellt sein. Die Wiedereinsetzung in vorigen Stand für Fälle, welche sämmtlich darin zusammentreffen, dass während der Verjährungszeit Jemand nicht vermocht hat sein Recht zu schützen, gleicht diesen Conflict aus. Ferner: Niemand soll durch den dolus des andern in Verlust gerathen, andrerseits geht das Eigenthum durch traditio titulo emti verloren. Wie nun, wenn Jemand im Bewusstsein, das er ausser Stande sei den Kaufpreis zu zahlen, Waaren auf Credit ausnimmt und übergeben erhält? Der Gesetzgeber gleicht dies aus, indem er innerhalb zwei Monaten vor Ausbruch des Creditwesens an den Gemeinschuldner käuflich übergebene Waare den Verkäufer vindiciren lässt. Es möchte aber in allen diesen Fällen als ratio des Gesetzes sich nichts anders prädiciren lassen, als die in gewissen Verhältnissen eintretenden Anforderungen an die äussere Gerechtig-

auf sehr verschiedene Weise aufgefasst worden, indem man ihn bald in die Vergangenheit gesetzt hat, bald in die Zukunft. Nach der ersten Ansicht gilt als Grund die schon vorhandene höhere Rechtsregel, deren consequente Durchführung das gegenwärtige Gesetz herbeigeführt hat. Nach der zweiten Ansicht gilt als Grund die Wirkung, die durch das Gesetz hervorgebracht werden soll, so dass der Grund von diesem Standpunkt aus, auch als Zweck oder als Absicht des Gesetzes bezeichnet wird. Es würde irrig sein, diese beiden Ansichten in einem absoluten Gegensatz zu denken. Vielmehr ist anzunehmen, dass dem Gesetzgeber stets beide Beziehungen seines Gedankens gegenwärtig gewesen sind. Eine relative Verschiedenheit aber liegt allerdings darin, dass bald die eine, bald die andere derselben bei einzelnen Gesetzen überwiegend sein kann.“

keit, welchen, nach des Gesetzgebers Ueberzeugung dieselbe zu genügen hat. Sobald dem Gesetzgeber diese Ueberzeugung geworden ist, wird es seine Absicht sein jener Anforderung genug zu thun, und zwar durch ein Gesetz. Ob man etwas anderes, etwas objectivwerdendes, und auf diese Weise als Norm für Entscheidungen zu dienen Geeignetes Absicht nennen könne, wird sich ergeben, wenn wir betrachten, was der Gesetzgeber in Folge jener Ueberzeugung thut. Er erwägt, durch was für ein Gesetz jenen Anforderungen sich genügen lasse, und wählt unter einer Menge möglicher Gesetze, das seiner Ansicht nach tauglichste. *) Wo zeigt da sich etwas von ratio und Gesetz, auch nur in der Abstraction Trennbares? Das Sc. Macedoniani giebt ein Beispiel, wie der Gesetzgeber sich umständlich über das Gesetz und gar mancherlei verbreiten kann, das wir Veranlassung, ratio, Absicht und wie man vielleicht sonst möchte, nennen könnte, und doch bei genauer Betrachtung nur zweierlei darstellt, das Gesetz — die verba dispositiva — und die ratio in dem oben bemerkten Sinne. M. s. l. 1. pr. de Sc. Maced. **) Die ratio ist: die Ueberzeugung, dass bei des Vaters Lebzeiten des Sohnes Fähigkeit zu con-

*) Die Varietät des Gesetzes, welche in den allermeisten Fällen möglich sein wird, ist die grösste, weil der Gesetzgeber niemandem für die unweise getroffene Wahl Rechenschaft schuldig ist. Wie z. B. ein Gesetzgeber dem Verkäufer in dem oben bemerkten Falle die Vindication gestatten konnte, hätte sich — sprechen wir blos von dem Facultativen — auch der Frau und den Kindern des Gemeinschuldners hinsichtlich ihres Vermögens die Priorität mit der Verbindlichkeit einräumen lassen, die betrüglich von dem Vater contrahirten Schulden zu bezahlen.

**) Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: quum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.

trahiren keine Veranlassung zu Sittenverderbniss werden dürfe; das Gesetz hingegen liegt abgeschlossen in den Worten: „Ne cui . . . . daretur.“ Wo fände sich aber wohl etwas, das vor, zwischen inne, oder hinter ratio und Gesetz liegend, mit dem Namen Absicht zu belegen wäre? *) man müsste denn die Worte: ut sciant &c. in diesem Sinne auffassen. Dann freilich hat der Verfasser unrecht.

Die logische Auslegung, wenigstens die nach der Absicht des Gesetzgebers soll uns gesetzlich vorgeschrieben sein, durch l. 29. und 30. de LL.

Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.

l. 30. Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quo distat *ῥητὸν ἀπὸ διανοίας*, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

Dagegen ist mancherlei einzuwenden.

a) Jene Fragmente sprechen weiter nichts aus, als: böslicherweise umgehe das Gesetz, wer, ohne gegen dessen Worte zu verstossen, doch dem Sinne desselben entgegenhandle. Nun nehme man an: in einem Lande wäre bei Todesstrafe die „Bigamie“, gar nicht aber die „Vielweiberei“ verboten, und um ungestraft zwei Weiber zu haben, nähme jemand auch noch die dritte; wären wir um deswillen, weil dies eine juristische Autorität fraudem legi factam genannt hätte, berechtiget anzunehmen, eben diese Autorität habe geglaubt, der Hinterzieher jenes Gesetzes dürfte mit dem Tode bestraft werden? Die Praxis des Landes könnte die Richtigkeit dieser Annahme widerlegen. Indess

b) wir finden allerdings, die röm. Juristen haben, was in fraudem einer auf lex scripta oder auf Gewohnheitsrecht beruhenden Norm geschehen, l. 3. §. 3. de Sc. Macedon. (14. 6.) **) l. 1. l. 5. §. 4. de donat. inter vi-

*) In den gesammten Sächs. Constitutionen und Decisionen, der Sache und der Form nach Gesetzen, wird ebenfalls nirgends so etwas bemerklich.

**) Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit,

rum et uxorem (24. 1.) *) unter diese Norm gezogen. Daraus folgt aber, angenommen selbst die in den Pandecten sich darlegende Praxis der classischen Juristen wäre für uns Gesetz, nichts für eine besondere Art der Auslegung der Gesetze, die wir eine logische zu nennen hätten, sondern nur so viel, dass neben allen und jeden Rechtsnormen noch die besteht: dem Gesetz ist verfallen, wer in Form des Erlaubten von dem Gesetze Verbotenes thut.

c) Der Verfasser darf sich der Mühwaltung überhoben achten, die Fragmente der alten Juristen, welche sich auf juris interpretatio beziehen oder auf diese bezogen werden **) einzeln durchzugehn, um bei jedem

vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatusconsultum. Quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

*) l. 1. Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, et profusa erga se facilitate.

l. 5. §. 4. Si uxor viri creditori donationis causa promiserit, et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari, vel fidejussorem ejus, Julianus ait, perindeque haberi, ac si nihil promisisset.

**) So z. B. l. 67. de R. juris. (50. 17.) Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei gerendae aptior est. v. Savigny am a. O. S. 229. n. h. sagt: Eine Anwendung dieser Regel enthält l. 3. de constit. (1. 4.) Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. Dem Verfasser scheinen die Worte: quae rei gerendae aptior sich weder auf legis interpretatio noch auf die Auslegung von Rechtsgeschäften beziehen zu lassen. Gäbe nicht l. 83. §. 1. de V. O. (45. 1.) einen Fall an die Hand, auf den l. 67 cit. als Regel könnte bezogen werden? Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. Quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit; nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est, alioquin

den negativen Beweis zu wiederholen, dass von einer, nicht bei jedem Schriftsteller anwendbaren Auslegung, die man mit einem irgend beliebigen besondern Namen bezeichnen möchte, in keiner eine Andeutung liegt. Denn, hätte eine solche Auslegung der Sache nach existirt, so wäre dieselbe gerade alsdann für uns antiquirt, wenn wir das corpus juris als Gesetzbuch gelten lassen. Man erwäge, dass in l. 12. C. de LL. (1. 14.) Justinian, nachdem er sich in gewohnter grosssprecherischer Weitschweifigheit ergangen, mit den Worten *) schliesst;

semper negabit reus se consensisse. Eben so l. 172. §. 1. de R. J. ambigua autem intentio ita accipienda est ut res salva actori sit.

*) Da Thibaut am a. O. S. 47. dies Gesetz zu einem Beispiele von der logischen Auslegung nach des Gesetzgebers Absicht macht, indem er behauptet, dass, wenn man durch die nach l. 24. rechtlich nothwendigen Vergleiche der einzelnen Theile des Gesetzes (auf diese Weise versteht auch der Ausleger eine Rede des Cicero) den wahren Sinn des Gesetzes entwickele, man sich überzeuge, dass Justinian nicht die wahre Auslegung habe verbieten wollen, so stehe hier zu des Lesers Bequemlichkeit das ganze umschweifige Wortwerk, und er selbst ermesse, ob er durch eine Auslegung eine Beschränkung des Sinnes der im Texte abgedruckten Worte erzielen könne.

l. 12. pr. Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Quid enim majus, quid sanctius imperiali est majestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat? quum et veteris juris conditores, constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant. §. 1. Quum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesenti legis condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet; cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? et quare omnes ambiguitates judicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a

tamconditor quam interpres legum solus Imperator juste existimabitur; nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus, quia et eis hoc majestas imperialis permisit.

Hier ist auf unleugbar deutliche Weise ausgesprochen:

a) Niemand als der Kaiser solle Gesetze auslegen, und

b) für alle Zeiten durch interpretatio juris kein anderes Recht gewonnen sein, als dasjenige, was die Bemühungen der classischen Juristen bereits hergestellt hätten.

nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur; nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus, quia et eis hoc majestas imperialis permisit.

Vielfache von dem Verfasser an andern Stellen über Justinians Verdienste ausgesprochene Bemerkungen zeugen dafür, dass er ihm alles zutraut, was in einer geistesverfinsterten Periode, einem über sein Zeitalter sich nicht erhebenden Regenten mag zugetraut werden; darum wird man auch dem Verfasser zutrauen, dass er jederzeit dieses Gesetz in der obenbemerkten und also in der nämlichen Maasse verstanden hat, in der es auch v. Savigny am a. O. §. 48. S. 304. flg. versteht. Hier aber hat der genannte Rechtslehrer pragmatisch nachgewiesen, wie am Ende ein solcher Ausspruch Justinians mit einer gewissen Nothwendigkeit herbeigeführt wurde. Zugleich löst v. Savigny das Räthsel, wie es sich Justinian möglich habe denken können, dass die Richter mit dem corpus juris in der Hand nicht immer und immer das Bedürfniss der Auslegung gefühlt und sich also zu Anfragen sollten verpflichtet gefunden haben, deren Beantwortung das Maass der kaiserlichen Zeit weit überschritten haben würde, höchst befriedigend mit folgenden Wor- S. 311. „Geist und Kenntniss werden bei dem Richter, dem die Auslegung gestattet ist, nicht einmal das Bedürfniss einer Anfrage entstehen lassen. In Justinians Reich mögen sich die Richter, denen er die Auslegung verboten hatte, durch Gedankenlosigkeit und Willkühr geholfen haben, ohne zu häufigeren Anfragen zu schreiten, als der Kaiser zu erledigen im Stande war.“ Der Verfasser möchte hinzusetzen: mit einem Titel, wie der de R. J., dessen Stellen von dem Unverständigen zum Theil in jedem Sinne können genommen werden, weil der Verständige erst das ganze corpus juris zu durchforschen hat, will er sich belehren, in welchem Sinne sie zu verstehen seien, hatte Justinian seinen Richtern ein bereitestes Hülfsmittel gegeben, das sie aus jeder Verlegenheit ziehen konnte.

Ist nun schon diese Vorschrift schlechthin unvernünftig und wird schon, so lange es Gesetze giebt, der Jurist Gesetze auslegen müssen, so folgt doch aus ihr so viel: für uns ist, was der alten Juristen Wort oder Beispiel als Norm bei Gesetzauslegung aufgestellt haben möchte, eben so unverbindend geworden, als unverbindend für den Ausleger des Horaz, was Bentlei in dieser Hinsicht geäussert und geleistet hat. Jene werden wie dieser, wo sie musterhaft auslegen, Muster von Auslegungen bleiben, allein, wenn jene — was übrigens der Verfasser leugnet — Gesetze auf eine Weise ausgelegt hätten, die von der Auslegung jedes andern Werkes der Rede abwiche und darum eine eigenthümliche Benennung erheischen könnte, so ist diese Auslegung eine für uns antiquirte; man wollte denn behaupten, dass heutiger Juristen Stellung zu den Gesetzen wiederum gleich derjenigen sei geworden, in der die alten sich zu ihren Rechtsquellen befanden, was auf dem dermaligen Standpunkte historischer Rechtskenntniss wohl Niemandem beikommem wird.

Für eine dem Juristen eigenthümliche Auslegungsart könnte man noch eine Möglichkeit denkbar finden, die nämlich, dass die Quellen des röm. Rechts eine solche erheischen möchten. Erwägt man aber, dass das Verständniss derselben an sich keinen andern Zweck hat, als durch ein analysirendes und combinirendes Verfahren uns den röm. Rechtszustand in seinen verschiedenen Perioden zu veranschaulichen, so steht der Jurist zunächst auf gleichem Standpunkte mit dem Philologen und Alterthumsforscher und kein Bedürfniss eines wesentlich eigenthümlichen Verfahrens giebt sich kund. Dass die Erkenntniss des Juristen für praktische Zwecke angewendet wird, dies ist, wie schon gedacht, nichts wodurch die Art und Weise, sich die Erkenntniss zu verschaffen, könnte modificirt werden.

§. 9.

Beseitigung eines Einwandes; der Ansichten des Verfassers Bedeutung für die Praxis.

Niemand, werden Hunderte sagen, kann leugnen (und allerdings fällt auch dem Verfasser nicht ein dies zu leugnen), dass unzählbar oft der Jurist Fälle so beurtheilt, als wären sie unter den Worten eines Gesetzes begriffen, auf andre, unter Gesetzesworten begriffene, das Gesetz nicht anwendet, endlich bei noch andern lange darüber mit sich zu Rathe geht, ob er das eine oder das andere Verfahren solle eintreten lassen, und nur nach langer Selbstberathung sich entschliesst, bei den Worten des Gesetzes stehn zu bleiben. Findet ein solches Verfahren statt, so kann es für etwas Gleichgültiges gelten, wie wir dasselbe benennen, ob Auslegung, ob anders. Nennen wir es aber Auslegung, so muss diese auch durch ein Beiwort von jenen Auslegungen unterschieden werden, welche der Philolog übt; ist ferner dieses Verfahren ein der juristischen Thätigkeit anheimfallendes, so muss diese auch in der angegebenen ihr eigenthümlichen Exhibition besondere Regeln anzuerkennen haben.

Freilich thäte der Name nichts zur Sache, käme man nicht durch den falschen Namen in Gefahr, mit der Sache eine falsche Vorstellung zu verbinden, welchenfalls ihre rechte Handhabung unter die Glücksfälle gehören wird, weil dieselbe auf etwas falsch geregeltes und, was genau genommen dasselbe ist, ganz ungeregeltes hinausläuft.

Man vergegenwärtige sich eine solche disputatio fori. **Recht** wollen diejenigen sprechen, welche bei dem Buchstaben des Gesetzes stehen zu bleiben gesonnen sind; **Recht** wollen auch diejenigen sprechen, welche behaupten, man müsse über den Buchstaben hinausgehen, oder diesseits desselben stehen bleiben. Dabei werden letztere die Worte „logische Auslegung“ hören lassen, darum auch von Grund und Absicht des Gesetzes sprechen. Da nun aber, wie von Savigny bezeugt, man nichts weniger als darüber im Klaren ist, was unter diesen angeblichen Pivots der logischen Auslegung zu denken sei, suchen sie dieselbe niemals — denn wie vermöchten sie das unter solchen Umständen? — syllo-

gistisch durchzuführen und zu dem Ende irgend einen Satz, eine Theorie logischer Auslegung als propositio major aufstellen und dann als minor den casum in terminis und sodann ihre Restriction oder Extension des Gesetzes als conclusio folgen zu lassen. Wohl aber behaupten sie — und das ist bedeutend — eine andere, als ihre Ansicht werde in und mit dem summo jure summam injustitiam begehen, was unvereinbar mit der aequitas sei, welche ja doch auch der Jurist nicht so ganz dürfe bei Seite liegen lassen.

Diese Momente nun, dass nämlich beide Theile Recht sprechen wollen, ein Theil aber, indem er das Gesetz, der andere, indem er etwas, genau genommen, anderes als das Gesetz, nämlich das durch Auslegung modificirte Gesetz anwenden will, das in seiner Modification aequitas sein soll, klärt über die Natur des Widerstreites auf, und über dasjenige, was eigentlich beide Theile meinen. Jene finden das Recht im Gesetze und nur im Gesetze, diese finden es ausser dem Gesetze, obschon gleichzeitig einer in dem Gesetze vorliegenden Beziehung existirend, und wollen in Hinsicht auf diese Beziehung das Gesetz positiv oder negativ ergänzen, indem sie an dem festhalten, was ihrer Ueberzeugung nach dem Gesetze hinzugethan oder von ihm hinweggenommen soll werden, damit im concreten Falle dasselbe nicht in seiner Allgemeinheit dasjenige Recht verletze, dem sie bewusster oder unbewusster Weise durch ihr eignes Verfahren eine von dem Gesetze unabhängige Geltung vindiciren *).

Ein Recht aber, dessen Erkenntniss unerreichbar auf dem Wege der Gesetzkunde ist, dessen wir uns aber doch wollen bewusst geworden sein, indem wir in einem concreten Falle das Gesetz für dessen Gegensatz

*) Vollendeter als es der Verfasser vermöchte, bringt B. V. cp. 10. der Ethik des Aristoteles dies zur Anschauung. Darum giebt der Verfasser von diesem, seinem ganzen Inhalte nach überaus wichtigen Capitel eine möglichst treue Uebertragung in dem folgenden Paragraphen. Der beigefügte Text wird in den Stand setzen die Verdeutschung zu beurtheilen.

erklären (summum jus summa injuria), kann nur in der Rechtswissenschaft Gewähr finden, weshalb man denn, anstatt von logischer Auslegung zu sprechen, die, für eine species des generischen Begriffes Auslegung genommen, ein Unding ist, auf die ausser dem Gesetze liegende Rechtswissenschaft provociren, aus ihr die für den vorliegenden Fall vertheidigte Ansicht begründen oder dieselbe als bereits von andern begründet darzustellen suchen sollte. Freilich schwer ist dies ausführbar, weil wohl die Gesetzkunde, nicht aber die Rechtswissenschaft ausgebildet ist, wie es denn z. B. noch keine eines allgemeinen Anerkenntnisses sich erfreuende Definition des Besitzes giebt. Aber auch bedenklich ist ein solches Verfahren, weil die Frage, ob der Richter eine von dem Gesetze unabhängige Erkenntniss des Rechtes geltend machen dürfe, keine civilrechtliche, sondern eine publicistische, eine Verfasssungsfrage und nirgends beantwortet ist. Indess jenes Mangels und dieser Verlegenheit wird man sich nicht bewusst, weil in hundert und aber hundert Fällen das Rechtsgefühl in seinen Resultaten die Rechtswissenschaft vertritt, und das solchergestalt mit Geistesgewalt zum Durchbruch kommende Recht seine Selbstständigkeit unter dem Namen von Gesetzauslegung den Augen selbst derer zu verbergen pflegt, die es mit rühmlichem Eifer geltend zu machen suchen.

§. 10.

Anhang. Des Aristoteles cp. 10. des V. Buches der Ethik.

Zu dem S. 147. bemerkten Grunde die citirte Stelle des Aristoteles hier folgen zu lassen, kommt noch der, dass schwerlich besser als in ihr der vielfach und immer sehr erfolglos hin und her gezogene Begriff der aequitas sich festgestellt findet. Eine paraphrasirende Uebersetzung, welche Erläuterungen einzuschalten verstattete, wo dieselben nöthig sein können, schien dem

vorliegenden Zwecke besser zu entsprechen, als eine schulgerechte Uebersetzung.

Um den Eingang des Capitels verständlicher zu machen, bemerken wir, dass im Griechischen die Wörter ἐπιεικὲς und ἐπιείκεια dasjenige, was wir billig und Billigkeit nennen, in Folge einer anderen Grundbedeutung des Wortes bezeichnen, als diejenige ist, auf welche die deutschen Wörter zurückweisen. Ἐπιεικὲς ist das Angemessene, das Passende, dessen wir seiner Natur nach uns immer nur in Vergleichung mit einem Concreten bewusst werden. Darum lässt in Beziehung zu jedem in abstracto Guten und Trefflichen, sobald es in die Praxis tritt, sich die Frage aufwerfen, welche Gestaltung es in der Ausübung annehmen müsse, um ἐπιεικὲς zu sein. Bei Aristoteles wird das Gerechte durch die Angemessenheit auf den vorliegenden Fall das nämliche, was wir Billigkeit nennen. Allein er hat für diesen Begriff kein besonderes Wort. Darum kann Aristoteles sagen, jedes ἀγαθὸν könne unter den Gesichtspunkt der ἐπιείκεια gestellt werden, was Niemand von unserer Billigkeit sagen wird.

„Nun ist über die Billigkeit und das Billige *(im Originale: die Angemessenheit und das Angemessene)* zu sagen, wie jene sich zur Gerechtigkeit, dieses sich zum Gerechten verhält. Denn es erscheinen der Betrachtung das Billige und das Gerechte weder als schlechthin eines und dasselbe, noch als etwas generisch Verschiedenes. Erstlich, als nicht schlechthin ein und dasselbe mit dem Gerechten erscheint das Billige, weil wir das Billige und denjenigen, welcher Billigkeit *(im Originale: das Angemessene und denjenigen, welcher Angemessenheit)* übt, loben, so dass wir dies Lob auch auf andere Verhältnisse übertragen, in denen wir statt dessen, was gut ist, das Angemessenere für etwas Besseres erklären; es erscheinet aber auch zweitens das Billige nicht als etwas von dem Gerechten generisch Verschiedenes, da, wer sich von seinen Vorstellungen Rechenschaft giebt, es für unstatthaft erkennt, dass das Billige etwas im Vergleiche mit dem Gerech-

ten Selbstständiges und zugleich zu loben sei. Denn wir haben entweder nicht nach dem Gerechten oder nicht nach dem Billigen zu trachten, wenn das Gerechte etwas anderes ist als das Billige; *(verschiedenes kann nicht in einer und derselben Beziehung Lob verdienen)* oder, wenn wir nach dem Gerechten und nach dem Billigen zu trachten haben, so sind beide identisch *(denn in einer und derselben Beziehung kann nur ein und dasselbe Lob verdienen)*. Hiermit wird erschöpft sein, was uns über das Wesen der Billigkeit verwirrt. Doch giebt es einen Gesichtspunkt, von dem aus betrachtet sich alles ordnet und nichts sich gegenseitig widerspricht. *) Denn das Billige, das besser als etwas Gerechtes ist, ist auch gerecht und nicht durch generische Verschiedenheit besser als das Gerechte; gerecht und billig sind also identisch, und während wir nach beiden streben sollen, das Billige das Vorzuziehende. Die Verwirrung entsteht dadurch, dass zwar das Billige gerecht, nicht aber gerecht durch die Uebereinstimmung mit einem Gesetze, sondern dass es die Verbesserung des auf Gesetz beruhenden Rechtes ist, welche nöthig wird, weil jedes Gesetz sich in einer Allgemeinheit hält; unmöglich aber ist es, dass, wer etwas in der Allgemeinheit ausspricht, nicht in Beziehung auf manches Einzelne etwas Falsches ausspreche. Darum fasst das Gesetz, wo es in der Allgemeinheit sprechen muss, und dadurch Mängel unvermeidlich werden, das zum häufigsten Vorkommende auf, **) das Unausreichende des Verfahrens wohl erkennend. Doch trifft darum kein Tadel das Gesetz; denn weder in ihm noch in dem Gesetzgeber liegt der Fehler, sondern in der Natur der Sache; schlechthin bringt es so der Stoff alles Praktischen mit sich. Wenn also das Gesetz im Allgemeinen spricht, und dann etwas ausser dieser Allgemeinheit Liegendes vorkommt, dann gebührt sich da, wo des Gesetzgebers absoluter Ausspruch

*) In den Worten bis „das Vorzuziehende“ wird dieser Gesichtspunkt angegeben; die nöthige Erläuterung folgt darauf.

M an vergl. l. 3. — 6. D. de LL. (1. 3.)

etwas übergangen und also verfehlt hat, den Mangel zu verbessern, wie der Gesetzgeber es selbst thun würde, wenn ihm der Fall vorläge und, wäre er desselben sich bewusst gewesen, ihn durch das Gesetz entschieden hätte. Demnach ist das Billige gerecht und besser als ein gewisses Gerechtes, nicht besser als das absolut Gerechte, sondern als der durch das Absolute *(in der Fassung des Gesetzes)* sich ergebende Fehler, und die Natur der Billigkeit die, das Gesetz zu verbessern, wo es in seiner Allgemeinheit mangelhaft ist. Auch kann um deswillen nicht alles von Gesetzen normirt sein, weil manches sich gar nicht gesetzlich bestimmen lässt; welchenfalls das Bedürfniss von Beschlüssen sich kund thut. Denn für das Wechselnde muss auch die Regel wechseln, wie bei dem Lesbischen Bau *) das bleierne Winkelmaas, das durch seine Biegsamkeit nach der Gestaltung, die der eben zu behauende Stein erfordert, jedesmal eben so ein anderes wird, wie jeder andere Fall einen andern Beschluss erfordert. Ist somit klar, was das Billige und Gerechte ist, und welchem Gerechten man jenes vorzuziehen hat, so leuchtet auch ein, wer der Billige ist. Derjenige nämlich, welcher jenes bessere Gerechte, nicht aber am Buchstaben haltend, das minder Gerechte wählt und übt, vielmehr *(um jenes willen)* aufzugeben bereit ist, was er selbst mit dem Gesetze vertheidigen könnte, der ist ein Billiger, und die Richtung seines Thuns die Billigkeit, die da besteht in einer gewissen Gerechtigkeit, ohne darum eine andre Richtung des Thuns zu sein. **)

*) Mauerwerke nach Art der Cyklopischen Mauern. Wenn an den Stein, der zu keiner im Voraus bestimmt gewesenen Form behauen ist, ein anderer anschliessen soll, so muss dieser auf eine Weise behauen werden, die sich nach der Form von jenem zu richten hat. Dazu ist ein biegsames Winkelmaas nöthig, mittelst dessen jeder Winkel sich auffassen lässt, den die Aussenflächen irgend eines bereits in die Mauer eingesetzten Steines bilden können.

**) *Περὶ δὲ ἐπιεικείας καὶ τοῦ ἐπιεικοῦς, πῶς ἔχει ἡ μὲν ἐπιείκεια πρὸς δικαιοσύνην, τὸ δ'ἐπιεικὲς πρὸς τὸ δίκαιον, ἐχόμενόν ἐστιν εἰπεῖν. οὔτε*

§. 11.

Ueber die Auslegung von Verträgen. Allgemeine Bemerkungen.

Wo kein einheimisches Gesetz die Auslegung von Verträgen auf positive Weise zu normiren unternommen hat, nnd die Pandecten als recipirtes Recht gelten, da lässt sich gar nicht behaupten, dass die einen Vertrag auszulegen bestimmte Operation andere als aus dem Wesen jedes Vertrages und jeder Interpretation abzu-

γαρ ὡς ταὐτὸν ἁπλῶς, οὔθ' ὡς ἕτερον τῷ γένει φαίνεται σκοπουμένοις· καὶ ὁτέ μὲν τὸ ἐπιεικὲς ἐπαινοῦμεν καὶ ἄνδρα τον τοιοῦτον· ὥστε καὶ ἐπὶτὰ ἄλλα ἐπαινοῦντες μεταφέρομεν, ἀντὶ τοῦ ἀγαθοῦ τὸ ἐπιεικέστερον, ὅτι βέλτιον δηλοῦντες· ὁτὲ δὲ τῷ λόγῳ ἀκολουθοῦσι φαίνεται ἄτοπον, εἰ τὸ ἐπιεικὲς παρὰ τὸ δίκαιόν τι ὄν, ἐπαινετόν ἐστιν· ἢ γὰρ τὸ δίκαιον οὐ σπουδαῖον, ἢ τὸ ἐπιεικὲς οὐ δίκαιον εἰ ἄλλο· ἢ εἰ ἄμφω σπουδαῖα, ταὐτόν ἐστιν. Ἡ μὲν οὖν ἀπορία σχεδὸν συμβαίνει διὰ ταῦτα περὶ τὸ ἐπιεικές· ἔχει δ' ἅπαντα τρόπον τινὰ ὀρθῶς, καὶ οὐθὲν ὑπεναντίον ἑαυτοῖς· τό τε γὰρ ἐπιεικὲς, δικαίου τινὸς ὂν βέλτιόν ἐστι δίκαιον· καὶ οὐχ ὡς ἄλλο τι γένος ὄν, βέλτιὸν ἐστι τοῦ δικαίον· τὸ αὐτὸ ἄρα δίκαιον καὶ ἐπιεικὲς; καὶ ἀμφοῖν σπουδαίοιν ὄντοιν, κρεῖττου τὸ ἐπιεικές. Ποιεῖ δὲ τὴν ἀπορίαν, ὅτι τὸ ἐπιεικὲς, δίκαιον μέν ἐστιν, οὐ τὸ κατὰ τὸν νόμον δὲ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. Αἴτιον δ', ὅτι ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς· περὶ ἐνίων δὲ οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου· ἐν οἷς οὖν ἀνάγκη μὲν εἰπεῖν καθόλου, μὴ οἷόν τε δὲ ὀρθῶς, τὸ ὡς ἐπιτοπλέον λαμβάνει ὁ νόμος, οὐκ ἀγνοῶν τὸ ἁμαρτανόμενον· καὶ ἐστιν οὐδὲν ἧττον ὀρθῶς· τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ, οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ, ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν· εὐθὺς γὰρ ἡ τῶν πρακτῶν ὕλη τοιαύτη ἐστὶν. Ὅταν οὖν λέγῃ μὲν ὁ νόμοσ καθόλου, συμβῇ δ' ἐπὶ τούτοις παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἧ παραλείπει ὁ νομοθέτης, καὶ ἥμαρτεν ἁπλῶσ εἰπὼν, ἐπανορθοῦν τὸ ἐλλειφθέν, ὃ κἂν νομοθέτης οὕτως ἄν εἴποι, ἐκεῖ παρών· καὶ αἰ ἤδει, ἐνομοθέτησεν ἄν· Διὸ δίκαιον μέν ἐστι, καὶ βέλτιόν τινοσ δικαίου· οὐ τοῦ ἁπλῶς δὲ, ἀλλὰ τοῦ διὰ τὸ ἁπλῶς ἁμαρτήματος· καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ᾗ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου· τοῦτο γὰρ αἴτιον καὶ τοῦ μὴ πάντα κατὰ νόμον εἶναι, ὅτι περὶ ἐνίων ἀδύνατον θέσθαι νόμον· ὥστε ψηφίσματος δεῖ. Τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ ὁ κανών ἐστιν, ὥςπερ καὶ τῆς Λεσβίας οἰκοδομῆς ὁ μολύβδινος κανών· πρὸς γὰρ τὸ σχῆμα τοῦ λίθου μετακινεῖται, καὶ οὐ μένει ὁ κανών· καὶ το ψήφισμα πρὸς τὰ πράγματα. Τί μὲν οὖν ἐστι τὸ ἐπιεικὲς, καὶ τί τὸ δίκαιον, καὶ τίνος βέλτιον δικαίου, δῆλον· φανερὸν δ' ἐκ τούτου καὶ ὁ ἐπιεικὴς τίς ἐστιν· ὁ γὰρ τῶν τοιούτων προαιρετικὸς, καὶ πρακτικος, καὶ ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος ἐπὶ τὸ χεῖρον, ἀλλ' ἐλαττωτικὸς, καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθὸν, ἐπιεικὴς ἐστι καὶ ἡ ἕξις αὕτη ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὖσα, καὶ οὐχ ἑτέρα τισ ἕξις.

leitende Grundsätze zu befolgen habe. Denn keine Stelle der Pandecten hat es sich zur Aufgabe gemacht, eine Theorie für diese Gattung der Auslegung aufzustellen. Wie unzusagend und karg die dahin einschlagenden im letzten Titel der Pandecten enthaltenen sogenannten regulae juris sind, wird sich weiter unten zeigen, und um so weniger können wir uns von ihnen als von Regeln leiten lassen, da bekanntlich Justinian einer Menge das Ansehn von Regeln nur dadurch gegeben hat, dass er sie aus dem Zusammenhange riss, in dem sie bestimmt waren beziehungsweise eine Wahrheit auszusprechen. Noch mehr: selbst über Maximen, welche die Fragmente der Juristen für Auslegung von Verträgen ganz unverkennbar aufstellen, werden wir unsicher und wagen nicht den Umfang zu bestimmen, in dem wir ihnen Geltung geben dürfen, sobald wir Fälle bemerken, in denen ganz unverkennbar jene Maximen sind aufgegeben worden. Z. B. primum sequendum est, quod actum esse apparet. l. 80. §. 2. de contr. emt. vendit. (18. 1.) ist die Maxime, welche in einer Masse von Fragmenten sich wiederholt. Ob wir aber nach unsrer Art und Weise Rechtsverhältnisse aufzufassen, dieselbe für durchgeführt in den Pandecten ansehen können, wird an folgenden Stellen sich darthun lassen.

Man erwäge: wer (arg. l. 9. de servis export. — 18. 7.) einen Sclaven verkaufte, konnte sich bedingen, dass der Eintritt einer Bedingung denselben ohne Weiteres in Freiheit setzen sollte; ereignete sich alsdann der Fall, so wurde der Sclave frei, ohne dass es hierzu der Manumission von Seiten des neuen Eigenthümers bedurfte und etwa der Vertrag so aufgefasst wurde: weil der Sclave bei Eintritt der Bedingung hat frei sein sollen, so ist der Käufer, sobald diese eintritt, gehalten, ihn zu manumittiren. Hiermit stelle man nun l. 10. eod. *) zusammen. Unter dem Preise verkauft

*) Quum venderet Pamphilam et Stichum, venditioni inseruit pactum conventum, uti ne eadem mancipia, Pamphila et Stichus, quos

Lucius zwei Sclaven an Sejus, bedingt sich jedoch, dass sie nie eines andern Herrschaft sollen zu tragen haben, und nach Sejus Tode in libertate morari. Welcher heutige Jurist würde nun wohl sich beikommen lassen daran zu zweifeln, hoc inter partes actum esse, dass Sejus Tod ein Ereigniss sein solle, wodurch die Sclaven in Freiheit gesetzt würden. Nicht so in Rom, wo es eines kaiserlichen Rescriptes bedurfte, um diese Ansicht in Geltung zu setzen, nachdem ein anderes kaiserliches Rescript sich derselben sogar abfällig erklärt hatte.

Ein andres unsern Verhältnissen näher liegendes Beispiel in l. 21. §. 6. de act. emt. vend. (19. 1. **): Lucius verkauft sein Haus und bedingt dabei sich freie Wohnung auf Lebenszeit oder für jedes Jahr 10 Thlr. Während des ersten Jahres lässt der Käufer Titius ihn darinne wohnen und giebt ihm kein Geld, das andere Jahr muss Lucius, wenn er 10 Thlr. erhält, die Wohnung räumen, darf aber im dritten nicht die 10 Thlr. verlangen, daferne ihn Titius wieder in dem Hause will wohnen lassen, und so weiter fort auf Lucius Lebenszeit. Schwerlich würde vor irgend einer heut rechtsprechenden Behörde jemand in gleichem Falle ein dem Verfahren des Titius gleiches durchzusetzen vermögen. Niemand würde glauben hoc actum fuisse, dass Lucius einem so peinlichen Wechsel ausgesetzt bleiben solle, und selbst auf dieses Fragment sich berufend,

minorato pretio vendidit, alterius servitutem, quam Seji paterentur, post mortemque ejus in libertate morarentur. Quaesitum est: an haec mancipia, de quibus inter emtorem et venditorem convenit, post mortem emtoris jure ipso liberata sint? Respondi: secundum constitutionem divi Hadriani super hoc prolatam, Pamphilam et Stichum, de quibus quaereretur, si manumissi non sint, liberos non esse. Claudius: divus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo, quamvis non manumissos, fore liberos in semestribus, constituit, licet in mortis tempus emtoris distulit venditor libertatem.

**) Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem; emtor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare. Trebatius ait: mu-

würde man schwerlich die entgegengesetzte Ansicht durchzuführen vermögen.

Ferner: derjenigen Fragmente, welche eine Casuistik enthalten, die auf Auslegung des Kaufes hinausläuft, sind ungleich mehrere als solcher, in denen ein anderer Vertrag ausgelegt wird. Die heutige Jurisprudenz ist darüber so ziemlich mit sich selbst im Reinen, dass alles und jedes, was in dem Kaufcontracte dunkel ist, gegen den Verkäufer auszulegen sei, und glaubt in Gemässheit einiger Pandectenstellen hieran so steif und fest, dass man selbst in dem Code Napoléon (art. 1602.) die Bestimmung „tout pacte obscur ou ambigu s'interprête contre le vendeur" aufgenommen hat, ohne sich über den ausreichenden Grund dazu irgend eine Rechenschaft zu geben. Wenn nun aber die interpretatio contra venditorem durchgreifende Maxime der Römer gewesen wäre, so hätte man allemal, wo Käufer und Verkäufer sich über den Sinn eines Kaufes gestritten hätten, nur zu fragen gehabt: sind die Worte deutlich oder dunkel? und alsdann ohne weitere Auslegung gegen den Verkäufer zu entscheiden gehabt. Dies aber haben die alten Juristen nicht gethan, sondern wie sich weiter unten zeigen wird, den Contract ausgelegt, ohne sich es anfechten zu lassen, ob das Resultat gegen oder für den Verkäufer spreche.

Nach alledem scheint dem Verfasser so viel gewiss, dass wir auch in der angegebenen Beziehung, wie in so vielen andern an den Fragmenten des röm. Rechts zwar ein treffliches Hülfsmittel haben unsre Rechtsansichten aufzuklären und auszubilden, indem wir die Aussprüche jener Fragmente, welche durch ihre Unvollständigkeit auch da, wo sie sich nicht widersprechen, räthselhaft sind, zu lösen suchen, dass sehr bedenklicher Art aber der Erfolg sein wird, wenn man ohne zu dem röm. Rechte hinzugebrachte Ansichten

tandae voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum praestare posse, et quamdiu paratus sit alterutrum praestare, petitionem non esse.

selbige überhaupt erst aus diesem schöpfen will. Angemessen daher scheint es dem Verfasser, sich und andern über diejenigen Grundsätze Rechenschaft zu geben, welche aus dem Wesen eines Contractes und jeder Auslegung folgen, vor welchen Landes Gerichten nur immer Contracte auszulegen sind, und alsdann die auf solche Weise gewonnenen Sätze noch speciell dadurch rechtfertigen, dass entweder auf einen oder den anderen die einschlagenden Stellen des röm. Rechts zurückgeführt werden. Inwieweit auf solche Weise die Rechtssätze und Fragmente des röm. Rechtes nicht sich gegenseitig als wahr darstellen sollten, würde der Grund der Differenz nachzuweisen sein.

§. 12.

Vorläufige Beseitigung einer unbegründeten Ansicht.

Auch bei der Auslegung von Rechtsgeschäften — also auch insonderheit von Verträgen — pflegt zwischen authentischer, usueller und doctrineller, und was die letzte betrifft, grammatischer und logischer Auslegung, unterschieden zu werden, so z. B. in Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechtes (Leipzig 1837. Bd. II. §. 85. S. 282.). Nicht um mit einem anerkannten Rechtslehrer zu polemisiren, wozu der Verfasser schon um deswillen unberufen ist, weil es seiner Neigung widerspricht, sondern um sicher zu sein, dass er bei Vertheidigung seiner Ansichten kein wesentliches Argument für die Statthaftigkeit einer solchen Eintheilung übersieht, mögen die Gründe, aus denen er jene Eintheilung verwirft, in Gestalt eines jenem Rechtslehrer motivirt entgegengesetzten Widerspruches ausgesprochen werden.

Der angezogene Rechtslehrer spricht sich also aus: „Auch bei den Rechtsgeschäften ist eben so, wie bei den Gesetzen, eine dreifache Art der Interpretation zu unterscheiden, nämlich eine authentische, d. h. welche von

den Urhebern des Geschäftes selbst herrührt, eine usuelle, d. h. welche durch Gewohnheit und insbesondere durch den Gerichtsbrauch über die Bedeutung gewisser Rechtsgeschäfte, oder über den Sinn einzelner dabei üblicher Ausdrücke angenommen ist, und eine doctrinelle, welche nach den Regeln der Auslegungskunst geschieht, und diese ist auch hier in die grammatische und die logische einzutheilen. Die authentische Interpretation geht auch bei Rechtsgeschäften den andern vor (Quilibet est optimus verborum suorum interpres), nur darf sie freilich bei Verträgen nicht blos von dem einen Contrahenten, ohne Uebereinstimmung des andern erfolgen, während dagegen bei letzten Willen allerdings auch eine einseitige Erklärung von Seiten des Testators statthaft ist, und bei Klagen in Ansehung ihres Gegenstandes vorzugsweise die Erklärung des Klägers berücksichtigt werden muss. In Ermangelung einer authentischen Interpretation ist die usuelle, vermöge der dem Gewohnheitsrecht überhaupt gebührenden Auctorität, auch bei Rechtsgeschäften zu befolgen, so lange nicht ein besonderer Grund zur Abweichung davon eintritt.“

Inwieweit bei den Geschäften sich ein Bedürfniss zeige, eine besondere, mehr oder weniger passender Weise durch die Beiwörter logisch und grammatisch zu unterscheidende Auslegung anzunehmen, wird sich weiter unten ergeben. Schlechthin verwerflich dürfte die Benennung authentische Geschäftsinterpretation sein. Giebt ein Testator in einem Codicille kund, welche Willensmeinung er mit einer Disposition des Testamentes verbunden habe, so liegt eine neue letztwillige Verordnung vor, und eben so wenn zwei Contrahenten sich über den Sinn eines doppelseitigen Geschäftes aussprechen, eine neue Uebereinkunft, die selbst dann, wenn sie sich nicht von dem Sinne entfernen sollte, welchen auch der Ausleger mit dem Worte verbinden würde, den Gewinn bringt, dass jeder Theil sich ausser Stand setzt, dem andern Wi-

derspruch über die Auslegung entgegen zu stellen. Schwerlich kann es fruchtbringend für die Wissenschaft sein, Auslegung zu nennen, was dieselbe entbehrlich macht *).

Wenn hiernächst in Ermangelung einer authentischen Interpretation die usuelle vermöge der dem Gewohnheitsrecht überhaupt gebührenden Autorität Platz ergreifen soll, so ist damit gesagt: falls Gesetz oder Praxis den Sinn einer Rede oder die Wirkungen festgestellt haben, die damit verbunden sein sollen, dann sind wir gehalten diesem Sinne nachzugehen. Also wieder eine Beziehung, in der alle Auslegung entbehrlich wird **).

*) So wenig als l. 99. pr. de V. O. — m. s. w. u. — enthält die von Schilling not. b. S. 284. citirte l. 12. de transact. (2. 15.) die mindeste Spur, dass den Römern irgend ein Begriff von authentischer Geschäftsauslegung wäre geläufig gewesen.

Non est ferendus, qui generaliter de his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur, de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, sed non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverit, scriptura contineretur.

**) In den Pandecten finden sich eine Menge Beispiele durch die Praxis den Worten eines Vertrages beigelegten Bedeutungen. Wenn l. 40. de contrah. emt. vendit. in §. 3. u. 4. Beispiele einer von der Praxis angenommenen Auslegung enthält, die gleich auf den ersten Anblick jedermann zusagen werden, so scheint nicht eben so unbedenklich dies auch mit §. 5. l. cit. der Fall zu sein.

§. 3. Fundi venditor frumenta manu sata receperat; in eo fundo ex stipula seges erat enata; quaesitum est: an pacto contineretur? Respondit: maxime referre, quid esset actum; ceterum secundum verba non esse actum, quod ex stipula nasceretur, non magis, quam si quid ex eo, quod de sacco saccarii cecidisset, aut quod avibus ex ore cecidisset, natum esset.

§. 4. Quum fundum quis vendiderat, et omnem fructum receperat, et arundinem, et caeduam silvam in fructu esse, respondit.

§. 5. Dolia, quae in fundo domini essent, accessura dixit; etiam ea, quae servus, qui fundum coluerat, emisset, peculiaria emtori cessura respondit.

Ein anderes hierher gehöriges Beispiel — sie zu erschöpfen ist

In dieser Hinsicht ist vielleicht vor allem bemerkenswerth, die in l. 51. §. 1. de act. emt. vend. für uns in allen gleichen Fällen zum Gesetz gewordene Auslegung. Quodsi fundum emisti ea lege, uti des pecuniam Kalendis Juliis, et si ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quo minus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixit, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. Hoc ita verum puto, nisi quid in ea re venditor dolo fecit.

Man vergegenwärtige sich den Fall: Unter eventueller Conventionalstrafe hat ein Käufer B. am 1. August zu zahlen versprochen. Allein der Verkäufer A. selbst hindert, dass die Zahlung an dem gesetzten Tage erfolgt. Später kommt B. seinerseits in mora, und nun soll für diese spätere mora die Conventionalstrafe gelten. Wie kann der Sinn des Geschäftes der gewesen sein, ut emtor legis poenam patiatur, quando-

nicht des Vefassers Absicht — in l. 7. pr. eod. Haec venditio servi: si rationes domini putarit arbitrio, conditionalis est: conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio. Sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero, si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit: si voluerit, vel stipulanti sic spondeat: si voluero decem dabo; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest.

Die nämliche Bemerkung lässt sich mit l. 80. pr. eod. einer und l. 78. §. 3. andrerseits verbinden.

Cum manu sata in venditione fundi excipiuntur, non quae in perpetuum sata sunt, excipi videntur, sed quae singulis annis seri solent ita ut fructus eorum tollantur; nam aliter interpretantibus vites et arbores omnes exceptae videbuntur.

l. 78. §. 3. Frumenta, quae in herbis erant, quum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum; ea frumenta nives corruperunt; si immoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis, agi tectum ex emto poterit.

que per factum sit, quo eum minus pecuniam solvat, wenn die Conventionalstrafe nur auf die für den 1. August bedungene Zahlung ist gesetzt gewesen? Von der gegenwärtigen Betrachtung fallen solche von der Praxis angenommene Interpretationen aus; sie gelten so gut wie Gesetze. Ob l. 23. de LL. (1. 3.) *) dies hat sagen wollen, lässt sich bei der Vieldeutigkeit des Wortes interpretatio nicht behaupten und ist insofern gleichgültig, als die Richtigkeit der Bemerkung nicht von l. 23. de LL. abhängt.

§. 13.

Feststellung der Fragen, auf welche die Theorie von Auslegung der Verträge zurückzuführen ist.

Denken wir uns einen schriftlich errichteten Vertrag. Der Fall ist von dem mündlich erfolgten Abschlusse nur unwesentlich und dadurch verschieden, dass dort das Object der Auslegung bereits vorliegt, hier von einer Beweisführung abhängen kann, welche feststellt, in welchen Worten der Contract ist abgeschlossen worden, d. h. wie er schriftlich lauten würde, daferne man sich der schriftlichen Form bedient hätte.

Die Möglichkeit, dass ein Vertrag auch durch stillschweigende Willenserklärung kann zu Stande kommen, fällt natürlich bei gegenwärtiger Betrachtung aus. Gemäss der Bemerkung S. 127., dass eine Auslegung nur dann Bedürfniss werden kann, wenn Zweifel über den Sinn einer Rede entstehen, und dass ein solcher Zweifel entweder durch die Rede selbst, oder durch äussere nicht in der Rede selbst liegende Umstände bedingt ist, hat die Untersuchung Antwort auf die dreifache Frage zu geben: wie ist es zu halten, wenn

a) der Vertrag keinen Sinn giebt,

b) wenn er verschiedene Deutungen zulässt,

*) Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

c) äussere nicht in der Fassung desselben liegende Momente Zweifel über den Sinn desselben erregen?

§. 14.

ad a. Ueber den Fall, wo die Fassung des Vertrages keinen Sinn giebt.

Giebt die Fassung des Vertrages überhaupt keinen Sinn, so ist der Vertrag wirkungslos.

Er hat die Bestimmung, das Beweisdocument für der Contrahenten gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten zu sein, dem Richter zu sagen, was sie gewollt haben. Kann der Richter nicht umhin zu erklären, er verstehe nicht, was das Document sagen wolle, so muss der Contract wirkungslos sein, denn es fehlt an dem Mittel demselben Geltung zu verschaffen. Z. B. A. macht sich verbindlich, dem B. für die Zeit des Aufenthaltes auf der Universität jährlich 100 Thlr. zu zahlen, wenn derselbe nie eine Universität beziehen würde. Niemand wird den A. aus diesem Documente verurtheilen. Hiermit stimmen überein folgende Fragmente:

l. 73. §. 3. de R. J. Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.

l. 188. pr. eod. Ubi pugnantia inter se in testamento inveniuntur, neutrum ratum est.

Was hier von Testamenten gesagt ist, werden die Römer auch auf Verträge bezogen haben, mussten sie auch auf Verträge beziehen, weil es eben so für diese, wie für jene die Natur der Sache mit sich bringt. Ueberhaupt findet es der Verfasser nicht für nöthig, über die Auslegung von Testamenten sich besonders zu verbreiten, da sie in der vorliegenden Beziehung sich in nichts von einem Contracte unterscheiden, durch den nur ein Theil Verbindlichkeiten übernimmt. Insofern sich Ei-

genthümlichkeiten ergeben sollten, würde man nicht verabsäumen sie zu bemerken.

Allein es kann der Fall eintreten, dass äussere Umstände Momente an die Hand geben, aus denen hervorgeht, dass mit der sinnlosen Fassung des Vertrages die Contrahenten einen Sinn, und welchen Sinn sie damit verbunden haben. Denkbar und möglich ist es, das obenbemerkte Beispiel wieder aufzunehmen, A. hat den B. vom Studiren abhalten wollen und ist gemeint gewesen, für jedes Jahr demselben 100 Thlr. zu zahlen, welches derselbe, wenn er studirte, auf der Universität zubringen müsste. Die schon erwähnte, weiter unten genauer festzustellende Maxime, dasjenige als ausgemacht gelten zu lassen, quod actum est, wird alsdann die Stelle einer diese Meinung bestimmt aussprechenden Fassung des Contractes vertreten.

§. 15.

ad b. Ueber den Fall, wo die Worte des Vertrages verschiedene Deutungen zulassen.

Hier ist vor allen Dingen zu bemerken, dass man die verba contractus nicht als ambigua schon dann ansehen darf, wenn dieselben zwar in einem und noch in einem andern Sinne können ausgesprochen worden sein, jedoch, streng genommen, die Wortbedeutung und die grammatische Verbindung der Wörter nur eine einzige Auslegung zulassen.

Zur Erläuterung folgende Beispiele, aus denen sich ergeben wird, dass in der röm. Praxis die nämliche Maxime gegolten hat.

Man nehme l. 40. §. de contr. emt. vend. Qui agrum vendebat, dixit, fundi jugera decem et octo esse, et quod ejus admensum esset, ad singula jugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt; pro viginti deberi pecuniam, respondit.

Hier hat der Contract also gelautet: „es verkauft Titius sein 18 Acker haltendes Feld an Lucius; bei der Uebergabe wird Acker für Acker abgemessen und für jeden von Lucius 100 Thlr. gezahlt.“ Diese Wortfassung kann die Frage veranlassen: sind 2000 Thlr. zu zahlen, wenn bei dem Abmessen sich nicht 18 sondern 20 Acker Flächengehalt finden, oder auch solchenfalls nur 1800? Denn um letzteres zu bejahen könnte man sagen: indem Titius das Areal zu 18 Acker angab und den Acker für 100 Thaler überlassen wollte, fordert er 1800 und bekam sie zugesagt. Da dem Käufer es gleichgültig sein kann, nach welchen Prämissen der Verkäufer sich den Preis calculirt, so darf der geforderte und verwilligte Preis nicht dadurch erhöht werden, dass der Verkäufer ihn falsch calculirt hat, weshalb denn durch das verabredete Messen nicht der Preis sollte bestimmt, sondern dem Käufer die Gewissheit verschafft werden, dass er den garantirten Flächeninhalt übergeben bekomme. Bleiben wir aber bei den Worten stehen und gehen wir streng grammatisch zu Werke, so müssen wir uns für die entgegengesetzte Ansicht des Falles entscheiden, und den Käufer 2000 Thlr. zu zahlen für verbunden halten. Denn quod ejus admensum fuerit sollte Acker für Acker mit 100 Thlr. bezahlt werden; es waren aber 20 Acker zugemessen worden, und die in dem Contracte aufgenommenen Worte, fundi jugera decem et octo esse, bilden keine Proposition, welche den gedachten Sinn der darauf folgenden zu modificiren nöthigte, indem jene Angabe und diese Bestimmung der Art und Weise, wie der Preis soll ermittelt werden, nichts einander Widersprechendes enthalten.

Ein anderes Beispiel in l. 5. de lege commissoria (18. 3.). Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit, de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi suoque jure percipiat; sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, ven-

ditori de his judicium in emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset. In Hinsicht eines dem B. von A. verkauften und übergebenen Landgutes ist ausgemacht worden, dasselbe solle, wenn die creditirte Kaufsumme nicht in den gesetzten Terminen pünktlich berichtiget werde, unverkauft sein. Gesetzt der Fall tritt ein; hier wird der Zweifel entstehen können, hat B. die bis zur Zeit der eingetretenen Säumniss percipirten Früchte als Accession lucrirt, indem er der Hauptsache Eigenthümer durch die titulo emti erfolgte Uebergabe geworden ist, oder hat er sie nicht lucrirt, weil das Grundstück unverkauft sein soll. Für letztere Ansicht wird sich die strenge grammatische Auslegung entscheiden. Die Bedingung muss retrotractiv wirken, weil das Grundstück unverkauft, d. h. ein nie verkauftes gewesen sein soll.

Noch ein Beispiel in l. 81. §. 1. de contr. emt. vend. Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Caji Seji; postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: quod jure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur. Quaero: an emtor Cajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? Respondi: emtorem Cajo Sejo secundum ea, quae proponerentur, obligatum non esse.

Man bemerkt, wie sich nicht auf den ersten Anblick entscheiden lässt, ob der Käufer den jährlichen Getreidezins auf des Cajus Grundstück zu erschütten übernommen hat oder nicht; allein eine strenge Behandlung der Wörtlichkeit verstattet nicht unter den Worten quo jure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, andre, als Reallasten zu verstehen, und nicht ist unter solchen begriffen, was Titius von dem Ertrage seines Grundstückes zu leisten versprochen, d. h. sich persönlich verbindlich gemacht hat.

Also: bei den Römern ist es Grundsatz, kein Ver-

trag ist zweideutig, welcher, streng wörtlich ausgelegt, einen bestimmten Sinn giebt; und in diesem Sinne ist dem Vertrage Geltung zu geben, wobei bemerkenswerth ist, dass sie — was auch in weiter unten hervorzuhebenden Stellen sich darlegt — gar nicht darnach fragen, ob es wohl wahrscheinlich sei, dass dieser oder jener Theil auch nur eben diesen Sinn und nicht vielmehr einen andern damit verbunden habe, wie denn z. B. in l. 81. §. cit. eine solche Wahrscheinlichkeit vorliegt und auch der Verfasser des Fragmentes sie anerkannt haben muss, indem sonst die in der Stelle enthaltene Casuistik ihn zu gar keiner Reflexion darüber aufgefordert hätte. Durch l. 21. §. 6. cit. de act. emt. vend. (S. 156) wird obige Bemerkung noch schlagender bestätiget; denn wer möchte es nicht unwahrscheinlich finden, dass der Verkäufer gesonnen gewesen sei, sich einer Willkühr des Käufers zu unterwerfen, welche ihn der Gefahr aussetzte alljährlich eine andere Wohnung zu beziehen, dieses Jahr in dem verkauften, das andere Jahr in einem andern Hause?

Den merkwürdigsten Beleg für des Verfassers Ansicht, nach welcher die Verträge in strengster Wörtlichkeit auszulegen sind, und nicht darnach gefragt werden darf, was wahrscheinlicher Weise ein oder der andere Theil dabei dürfte gedacht haben, liefert l. 40. pr. de contr. emt. vend. Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emtor in diebus triginta proximis fundum metiretur, et de modo renuntiaret, et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset. Emtor intra diem mensurae, quo minorem modum esse credidit, renuntiavit, et pecuniam pro eo accepit; postea eum fundum vendidit, et quum ipse emtori suo admetiretur, multo minorem modum agri, quam putaverat, invenit. Quaerebatur: an id, quod minoris esset, consequi a suo venditore posset? Respondit: interesse, quemadmodum lex diceretur. Nam si ita dictum esset, ut emtor in diebus triginta proximis fundum metiatur, et domino

renuntiet intra id tempus, quanto modus agri minor sit, quod post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum; sed si ita pactum esset, ut emtor in diebus proximis fundum metiatur, et de modo agri renuntiet, etsi in diebus triginta non renuntiasset, minorem modum agri esse, quamvis multis post annis, posse eum, quo minor is modus agri fuisset, repetere.

Der Verkäufer hatte seine Schuldigkeit, Garantie für die von ihm angegebene Grösse des Grundstückes zu leisten, auf eine gewisse Zeit restringiren wollen und es war bedungen worden: binnen einer Frist von 30 Tagen solle der Käufer die Grösse des erkauften Grundstückes ausmessen und das Ergebniss dem Verkäufer anzeigen, und wenn die Anzeige nicht vor dem 30. Tage erfolgte, deshalb kein Anspruch an den Verkäufer gestattet sein. Nun misst der Käufer intra triginta dies und meldet intra triginta dies, zwei Acker hätten gefehlt und erhält diese gutgethan. Späterhin verkauft er anderweit und findet, dass noch andre zwei Acker fehlen, kann er nun auch noch wegen dieser nochmaligen Minderzahl von zwei Ackern Entschädigung fordern? Der Zweifelsgrund kann kein anderer sein, als folgender: messen und melden intra triginta dies soll die Voraussetzung sein, unter welcher der Verkäufer zur Indemnisation gehalten ist. Der Käufer hat intra triginta dies gemessen und gemeldet und insofern liesse sich für den Käufer entscheiden. Allein andrerseits fragt es sich: können die Worte nicht auch den Sinn haben: nur für diejenige Minderzahl stehe der Käufer ein, welche binnen der 30 Tage sei angezeigt worden. Der Jurist, aus dessen Responsum man ersieht, dass ihm der Contract selbst nicht vorgelegen haben kann, (denn er sagt: interesse quemadmodum lex diceretur) spricht sich dahin aus: es sei zu unterscheiden, ob die verba contractus also lauteten:

a) ut emtor diebus XXX proximis fundum metiatur et domino renuntiet (intra id tempus — eine Variante von keiner Bedeutung, ein müssiger Zu-

satz, da jedenfalls das et auch die XXX. dies zu renuntiet zieht —) quanto modus agri minor sit, oder

b) ut emtor diebus XXX. proximis fundum metiatur, et de modo agri renuntiet.

Ersterenfalls kann der Käufer für das nach 30 Tagen weiter als fehlend Gemeldete keinen Ersatz fordern, wohl aber letzteren Falles.

Der deutsche Jurist wird sich hier kaum eines Unterschiedes bewusst, nicht so die Aribie des Römischen. In dem Falle unter b. ist Messen und die Anzeige des Resultates die Bedingung, unter der das naturale emtionis venditionis, Gewähr für die contractmässige Grösse des Grundstückes zu leisten, auch in dem concreten Falle Platz ergreifen soll, welchenfalls aber, und wenn jenes naturale einmal Platz ergriffen hat, dasselbe so unbeschränkt gelten soll, als wäre darüber gar nichts besonderes ausgemacht worden.

In dem Falle unter a. soll ebenfalls intra XXX. dies gemessen, aber auch intra XXX. dies angezeigt werden, um wieviel das Grundstück zu klein ist, und solchenfalls darf nicht nach dreissig Tagen ein zweitesmal gesagt werden, das Grundstück ist zu klein um so und so viel. Im Deutschen würde die unterschiedene Verabredung also lauten: binnen 30 Tagen ist zu messen und dem Verkäufer anzuzeigen:

a) was an der von demselben angegebenen Ackerzahl fehlt,

b) die von dem Käufer bei dem Messen gefundene Ackerzahl. *)

Unerschütterlich fest überzeugt dass, wie die Pandecten organisirt sind, dieselben über Auslegung von Verträgen uns nicht belehren können, vielmehr über das dabei zu beobachtende Verfahren

*) Diejenige Erklärung des citirten Fragmentes, welche der Verfasser B. 3. S. 13. u. 14. seiner Pandecten gegeben hat, nimmt er hiermit als irrig zurück.

wir uns auf selbstständigem Wege aufklären müssen, hierbei aber die Pandecten insoferne ein unschätzbares Hülfsmittel sind, als wir der gewonnenen Ueberzeugung wohl alsdann vertrauen dürfen, wenn wir in Vergleich mit derselben die aphoristischen Aussprüche der classischen Juristen auf ungezwungene Weise in Einklang zu setzen vermögen, wendet der Verfasser sich zu Beantwortung der zwiefachen Frage, ob es rationell ist keine Zweideutigkeit anzunehmen, so lange die streng an den Worten sich haltende Auslegung einen bestimmten Sinn giebt, M. s. S. 163. §. 15., ob es rationell ist alle Zweifel zurückzuweisen, welche Wahrscheinlichkeiten der Annahme jenes Sinnes entgegenstellen können? M. s. S. 166. Der Verfasser glaubt, hierauf lasse sich nicht anders als bejahend antworten. Denn der Consens ist die summa lex contractus und die Contrahenten hätten den Vertrag nicht niedergeschrieben, wären sie nicht darüber einverstanden gewesen, das niedergeschriebene Wort solle der Maasstab für ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten sein und allen ersinnlichen Wahrscheinlichkeiten gegenüber die Wahrheit, d. h. was sie gewollt, nach der Wörtlichkeit bestimmt werden. Ohnstreitig aber sind die röm. Juristen, indem sie conform diesen Ansichten verfuhren, sich derselben nicht bewusst geworden, sondern haben dabei eine ihnen historisch vorgezeichnete Methode befolgt. Eigenthümlich war es nämlich dem ältesten röm. Rechtszustand, Rechtsverhältnisse, selbst diejenigen, die nicht zunächst auf Verträgen beruhten, in die Form von Stipulationen umzukleiden. Welche Difformität in dieser Beziehung zwischen der römischen und heutigen Praxis gewaltet habe, spricht sich am deutlichsten und für uns auf den ersten Anblick höchst auffallender Weise darinne aus, dass *) selbst das Processrecht seine Geltung durch hinzutretende Stipulationen erhielt. Dass die Stipulationen im Geiste strengster Wörtlichkeit behandelt wurden, dies lag in

*) M. s. auch l. 2. de evict. et duplae stipulat. (21. 2.)

der Verfassung. Wo im Staate die Freiheit des Individuums nicht untergegangen ist in derjenigen Freiheit, welche dem abstracten Begriffe eines Staatsbürgers gewährt sein soll, da ist streng wörtliche Auffassung jeder Rechtsnorm eine nothwendige Erscheinung. Nur dem von ihm selbst, in der Qualität eines Theilhabers an der Staatsgewalt, als Gesetz, oder in der eines Privatmannes, als Vertrag ausgegangenen Rechte will das Individuum unterworfen sein, nicht dem Richter. Diesem aber wäre das Individuum unterworfen, wenn nicht allüberall nur das Wort des Gesetzes oder des Vertrages entschied. Die strengwörtliche Auslegung der in Form von Stipulationen errichteten Verträge war in solcher Maasse mit dem röm. Rechtszustande verwachsen, dass sie sich höchst begreiflicher Weise auch auf die contractus bonae fidei übertrug, die materiell von Stipulationen so wenig unterschieden waren, als Tradition von Emancipationen, wie denn die Verschiedenheit zwischen contractibus bonae fidei und Stipulationen sich in materieller Hinsicht hauptsächlich auf die Behandlung dessen reducirte, was wir heut zu Tage Exceptionen nennen; wogegen eine Verschiedenheit in Auffassung des Sinnes der Worte um so weniger Platz ergreifen konnte, als, wie oben gezeigt, auch von allen historischen Einflüssen abgesehen, die Natur einer als Vertrag zu gelten bestimmten Rede es mit sich bringt, dass wir uns streng an die Worte derselben zu halten haben L. 34. de R. J. (50. 17.) schreibt ausdrücklich vor, dass Stipulationen nicht anders sollen ausgelegt werden als andre Contracte. Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est. Somit dürfte was die röm. Praxis in Conformität zu den Ansichten des Verfassers beobachtet hat, nämlich jenes strenge Festhalten an der Wörtlichkeit der Verträge, nicht das Ergebniss gleicher Ansichten, sondern zu einem und demselben Resultate führender historischen Momente gewesen sein.

§. 16.

Fortsetzung zu der im §. 13. unter b. S. 162. aufgeworfenen Frage; namentlich: wie ist ein Vertrag auszulegen, der ein mehrfaches Verständniss zulässt, ohne dass die streng wörtliche Auslegung zu bestimmen vermag, für welchen Sinn man sich zu entscheiden habe.

Nur um so wenig als möglich von Herkömmlichkeiten abzuweichen, ist die Frage so gestellt worden, wie sie in der Ueberschrift enthalten ist. Denn das leuchtet wohl einem jeden ein, dass es mit der Auslegung am Ende ist, wenn sie bekennen muss, Amphibolie, Ambiguität, Zweideutigkeit, nicht beseitigen zu können. In der Wahl des Ausdruckes streng verfahrend, muss man fragen: für wen soll der Richter entscheiden, wenn Partheien sich streiten, indem die eine ein besseres Recht in Anspruch nimmt als die andere ihr zugestehen will, und beide den gegenseitigen Widerspruch mit den Worten eines Contractes zu vertheidigen suchen, der den einen Sinn nicht deutlicher als den andern ausspricht?

Die Antwort ist folgende:

Wer da behauptet, was nicht liquid ist, muss es beweisen. Also muss der Käufer, welcher 20 Acker gekauft zu haben mit nicht mehr Recht behauptet, als der Verkäufer unter Bezugnahme auf die Worte des Contractes behauptet, nur 10 verkauft zu haben, dies beweisen, und eben so muss der Verkäufer, welcher als Beklagter behauptet, nach Inhalt des Contractes habe er keine Eviction zu leisten, dies beweisen, wenn der Contract dies eben so wenig liquid macht, als das Recht Eviction zu fordern dadurch liquider Weise ausgeschlossen ist. In einem wie in dem andern Falle werden die verba ambigua, treten nicht neue Umstände hinzu — über diese Möglichkeit weiter unten — verba ambigua bleiben: also im ersten Falle nichts der Käufer, im andern nichts der Ver-

käufer beweisen, und darum dort der Verkäufer, weil der Käufer den Klagegrund nicht dargethan hat, zu absolviren, hier der Verkäufer, weil die Exception unerwiesen geblieben, zu condemniren sein; woraus sich denn als Resultat und Antwort auf die gestellte Frage der Satz ergiebt, wer aus einem Contracte klagt, dessen Doppelsinn nicht durch Auslegung beseitigt werden kann, muss wider sich denjenigen Sinn gelten lassen, welcher für den Gegner spricht.

Die Fragmente der röm. Juristen stimmen hiermit überein.

1) l. 99. pr. de V. O. (45. 1.) Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est. Ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum esse.

Die erste Abtheilung des Fragmentes bis zu den Worten late concipere spricht unverkennbar den Sinn aus: unzweideutig muss der Vertrag alles enthalten, wodurch eine Verpflichtung soll begründet werden, welche das Maas der durch die Natur des Geschäftes übernommenen Verbindlichkeit überschreitet. *) Ist dies nicht geschehen, so hat der Kläger verabsäumt sich in und mit dem Contracte ein der Intention entsprechendes Beweismittel zu verschaffen. Mit dem übrigen Inhalte der Stelle vermag man keinen Sinn zu verbinden, ohne zuvor nach einer Casuistik auszusehen, auf welche bezogen derselbe eine Norm ausspricht. Der Verfasser glaubt es sei folgende: der

*) M. vergl. l. 11. §. 1. de act. emt. vend. Et in primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.

Promissor hatte fünf Sclaven zu übergeben versprochen, ohne dieselben specieller zu bezeichnen. Nun sterben vor der Uebergabe von seinen 10 Sclaven 3 und er will nunmehr nur 2 übergeben, weil er behauptet, die gestorbenen 3 wären gerade diejenigen gewesen, welche mit den für die Mitgabe bereiten zweien die Zahl der zu übergebenden 5 hätten erfüllen sollen. Aus dem Contracte kann der Promissor diese Ausflucht nicht beweisen, wenn die Bezeichnung der zu übergebenden 5 Sclaven nicht darinne palam expressa gewesen ist.

2) l. 38. §. 18. eod. In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

3) l. 9. de R. J. (50. 17.). Semper in obscuris quod minimum est sequimur.

4) l. 56. eod. Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.

Wahrscheinlich wird man dem Verfasser nicht bestreiten, dass beide unter 3. und 4. citirte Fragmente nirgends einen besseren Sinn geben, als wenn man dieselben unter obigen Satz stellt.

5) l. 27. de rebus dubiis (34. 5.). Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

§. 17.

Zu l. 39. de pactis (2. 14.).

Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem aperitus conscribere.

Es ist die Regel aufgestellt worden: verba ambigua sind, sobald über die Auslegung Streit entsteht, in dem Sinne desjenigen zu verstehen, gegen den geklagt oder excipirt wird. Tritt nun aber wohl eine Ausnahme ein in Gemässheit von l. 39. cit.? ist es genug, dass die verba ambigua in einem Kaufe oder Miethvertrage vor-

kommen um sie ohne weiteres gegen den Verkäufer oder Vermiether auszulegen? mit andern Worten: tritt gegen den Verkäufer und Vermiether die praesumtio juris ein, dass mit den verbis ambiguis die dem Käufer oder Abmiether günstige Meinung sei verbunden worden?

Dagegen bemerke man, dass

1) in der citirten Stelle und in der ihr conformen l. 21. de contr. emt. vendit. *), so wie in l. 172. de R. J. **) es nicht heisst: obscuritas legis contractus, sondern pacti schade dem Verkäufer, welchergestalt denn jedenfalls diese Fragmente nur auf naturalia negotii und solche Verabredungen dürften angewendet werden, die den Gegenstand sogenannter Nebenverträge bilden.

2) Es bezeichnen l. 31. und l. 21. cit. nicht undeutlich den Verkäufer als Kläger oder excipirenden Beklagten; sie machen es ihm zum Vorwurf, dass er sich nicht vorgesehn, dass er verabsäumt habe, durch die Fassung des Contractes sich ein ausreichendes Beweismittel zu verschaffen. Was würden die Verfasser eben dieser Fragmente in Fällen gesagt haben, wo der Käufer geklagt, dabei auf verba ambigua contractus sich bezogen und behauptet hätte, in seinem Sinne müsse man interpretiren, weil er Kläger sei?

3) Nicht ein einziges Fragment wird man dem Verfasser nachweisen können, in welchem gegen den Verkäufer ausgelegt würde, weil er der Verkäufer ist. Das einzige worauf man sich beziehen könnte, ist l. 33. de contr. emt. vendit.

Cum in lege venditionis ita sit scriptum: flumina, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint, nec additur,

*) Labeo scripsit: obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emtori, quia potuit re integra apertius dicere.

**) In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.

quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid actum sit; si id non appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet; ambigua enim oratio est.

Erwägt man genau wovon die Rede ist, so bestätigt gerade diese Stelle des Verfassers Ansicht. Die Formel: flumina, stillicidia &c. war eine ambigua; sollen damit active Servituten garantirt sein, oder soll damit garantirt sein, dass keine passiven Servituten gegen den Käufer werden in Anspruch genommeu werden können. *) Gesetzt nun: nach dem Kaufabschlusse taucht eine inopinata servitus empor, welcher der Käufer sich zu unterwerfen verurtheilt wird, er regredirt gegen den Verkäufer, dieser will excipiren und beruft zu dem Ende sich auf jenes pactum adjectum, das er in dem Sinne will verstanden wissen, wegen passiver Servituten habe der Käufer sich des Regresses begeben. Das darf er nicht. Es wird gegen den Verkäufer ausgelegt, aber nicht um deswillen, weil er Verkäufer, sondern weil das pactum ambiguum und er nicht im Stande ist damit zu beweisen, was er damit beweisen möchte.

4) In l. 53. pr. de act. emt. vend. haben wir ein Beispiel, wo gegen den Verkäufer ausgelegt wird. Si mercedem insulae accessuram esse emtori dictum est, tantum emtori praestetur. Paulus: immo si insulam totam uno nomine locaveris, et amplius conductor locavit, et in vendenda insula mercedem emtori cessuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulae conductor debebit.

Eben so in l. 34. pr. de contr. emt. vend. Si in emtione fundi dictum sit, accedere Stichum ser-

*) M. s. wie nach einer andern Stelle in l. 17. §. 3. de serv. praed. urbanor. der Sinn der Formel als ein durch die Praxis fixirter erscheint. Haec lex traditionis: stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint, hoc significat, impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum non illud, ut etiam emtor stillicidia suscipiat aedificiorum vicinorum. Hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere.

vum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait: eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit; nec, refert quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an minus; plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut quum domus propter marmora, et statuas, et tabulas, pictas ematur.

In beiden Stellen haben wir uns den Käufer als Kläger zu denken und bemerken, wie er ausser Stande ist gegen den beklagten Verkäufer seine Intention als ausgesprochen in dem Vertrage darzulegen; weshalb denn hier gegen den Käufer aus dem nämlichen Grunde entschieden wird, aus welchem andere Fragmente gegen den Verkäufer entschieden. In der Anmerkung S. 168 a. O. hat der Verfasser bereits umständlicher sich mit dem beschäftiget, was die Ueberschrift des §. anzeigt; daher hier nur noch eine besonders nahe liegende Nebenbemerkung.

Nach Schilling am a. O. soll bei zweifelhaften Bestimmungen eines Rechtsgeschäftes, die mildere Ansicht der strengeren vorgezogen, jedoch bei zweifelhaften Ausdrücken einer Klage die dem Kläger vortheilhaftere Erklärung angenommen werden. Umsonst ist der Verfasser bemüht gewesen sich eine processualische causarum figura zu bilden, für deren Beurtheilung die oben angezogene Vorschrift als zusagende Norm dienen könnte. Darüber noch einiges zu sagen, findet er sich um deswillen bestimmt, weil eben davon ist gesprochen worden, wie auf die Auslegung von Verträgen es von Einfluss sein kann, ob jemand einen solchen als Kläger oder als excipirenden Beklagten geltend zu machen sucht und weil, indem ein Verständniss jener Vorschrift ausgemittelt wird, zugleich eine Anzahl Fragmente eine Beziehung erhalten, ohne die sie räthselhaft und unverständlich bleiben.

Die intentio war derjenige Bestandtheil der Formel,

durch welchen bezeichnet wurde, was der Kläger verlangte. Gaj. Com. Lb. IV. §. 41. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret, numerium negidium aulo agerio sestertium X milia dare oportere: item haec: quidquid paret numerium negidium aulo agerio dare facere (oportere) item haec: si paret, hominem ex jure quiritium auli agerii esse. Nun könnte der Fall eintreten, dass der Kläger zwar den Process gewann und darum Beklagter gemäss der intentio verurtheilt wurde den homo Stichus an Klägern herauszugeben, jedoch weil mehr als ein Stichus in des Beklagten Besitze sich vorfand, es zweifelhaft war, welcher Stichus mit der intentio gemeint und auf welchen daher die condemnatoria zu beziehen sei. Hier sollte der Beklagte es verbüssen müssen, nicht auf die Amphibolie der Bezeichnung aufmerksam gemacht zu haben und derjenige Stichus gegeben werden, den der Kläger gemeint zu haben behaupten würde, indem sonst der Beklagte, dass er die Klage auf ein anderes Object bezogen habe, ganz willkührlich hätte vorgeben und dadurch den Process erfolglos machen können. M. s. l. 83. §. 1. de V. O. (45. 1.). Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. Quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit; nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.

l. 66. de judiciis (5. 1.). Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.

l. 172. §. 1. de R. J. Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit.

Wahrscheinlich ist dahin auch l. 80. de V. O. zu ziehen. Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.

Wird aus einer Stipulation geklagt, durch welche der Promissor sich verbindlich gemacht hatte, hominem Stichum zu geben, und es will alsdann der Beklagte die Verurtheilung circumduciren, indem er beibringt, dass er mehr als einen Stichus hat, dann soll das oben bemerkte Verfahren zum Vortheil des Klägers eintreten.

Eben so lässt sich l. 67. de R. J. *), will man der Stelle einen concreten Fall unterlegen, dem sie als Entscheidungsnorm dienen könnte, auf ein anderes Verhältniss schwerlich ungezwungener als auf das angegebene beziehen.

§. 18.

ad c. — m. s. §. 13. S. 161. — über den Fall, wo ausser der Fassung des Vertrages liegende Momente Zweifel über das Verständniss desselben erregen.

Die Worte, selbst die mit grösster Förmlichkeit niedergeschriebenen Worte des Vertrages sind nicht der Vertrag selbst, sondern nur die Form, in welcher die gegenseitige Willensmeinung hat festgehalten, das quod actum est documentirt bleiben sollen. Es würde also Verletzung des auf dem Vertrage **) beruhenden Rechtes sein, wenn in Fällen, wo dessen Worte kein der gegenseitigen Willensmeinung adaequater Ausdruck sind, der Richter nicht nach jener, sondern nach dem in der Wortfassung liegenden Sinne die Geltung des Vertrages bestimmen wollte. Also: wenn gewiss ist, dass die Contrahenten mit den Worten des Contractes einen andern Sinn verbunden, als die Auslegung in denselben findet, dann

*) M. s. N. 2. S. 142.

**) Auch so bei Testamenten; wenn mehr oder weniger ist niedergeschrieben worden, als hat niedergeschrieben werden sollen und es wird dies erwiesen, so geht die voluntas testatoris vor den Worten. Denn der Wille wird nicht aufgehoben durch den falschen Ausdruck desselben. l. 0. §. 2. de hered. instit. (28. 5.)

ist jenem Sinne nachzugehen, und id quod actum est das Geltende.*)

M. s. l. 219. de V. S. (50. 16.) In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Quum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus, qui suscepit, pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri placuit.

Während es nun keinem Zweifel unterliegen kann, dass der Contrahent, welcher einen den Worten des Vertrages entgegenlaufenden Anspruch klagend oder excipirend durchzusetzen sucht, zu beweisen hat, in seinem, von den Worten abweichenden Sinn sei contrahirt worden, ergiebt sich bereits aus dem, was S. 169 ist gesagt worden, dass, um diesen Beweis herzustellen, Thatsachen müssen erwiesen werden, in denen jener andre Sinn sich auf unzweideutige Weise darlegt, nicht aber zu dem Ende in den Verhältnissen der Contrahenten für eine solche Annahme gegebene Wahrscheinlichkeitsgründe Beachtung finden dürfen; denn, wie schon bemerkt, man muss von der Ueberzeugung ausgehen, die Partheien selbst haben gewollt, dass jede Frage nach dem Wahrscheinlichen durch die mit den Worten des Contractes beabsichtigte Gewissheit über das Wahre vermieden werden sollte, und darum müssen die Worte vollgültig bleiben, bis deren Sinn als falsch, als der Intention des Contractes unentsprechend ist dargestellt worden. Wenn A. etwas gesagt hat, so ist bis auf Weiteres evident, dass er nichts anderes hat sagen wollen. Dass er es gesagt hat, kann Befremden erregen, allein das Unwahrscheinlichste ist gewiss und wahr, sobald es geschehen ist.

*) Von selbst versteht sich und nur um der Vollständigkeit willen erwähnt man, dass diese Regel nicht zur Anwendung kommt, sobald in dem Vertrage etwas über dessen Auslegung besonders festgestellt, z. B. ausgemacht ist, kein Theil solle darauf sich berufen dürfen, es sei etwas anderes verabredet als niedergeschrieben worden, oder zweideutige Punkte sollten unbedingt gegen einen oder den andern der Interessenten ausgelegt werden.

Diese Bemerkungen zu erläutern wird folgende Casuistik dienen.

Wer wird in dem Falle, den l. 45. de evict. et duplae stipulationibus aufführt — m. s. S. 129 — daran zweifeln wollen, es liege eine Thatsache vor, die unzweideutig ausspricht, nicht schlechterdings 100 Acker sollten verkauft sein, sondern so viele, als eben in den bezeichneten Grenzen umschlossen würden? Wie wenig rationell es hingegen sein würde, Wahrscheinlichkeitsgründe zu beachten, welche die Vermuthung rechtfertigen, die Meinung dürfte eine andere, als die in den Worten ausgesprochene gewesen sein, dies lässt sich an einem der l. 38. pr. de act. emt. vend. *) ganz conformen Beispiele darthun. Gesetzt ein reicher Mann und leidenschaftlicher Kunstliebhaber, besonders einer gewissen Gattung von Kunstwerken, deren er mehrere in einem Landhause aufgestellt hat, verkauft dieses, weil es ihm ein zweckloses Besitzthum geworden ist, mit dem „darinne befindlichen 1000 Thlr. an Werth betragenden und unvermindert in dem Grundstücke zurückzulassenden Mobiliare.“ *) So wenig glaublich es auch ist, dass der Verkäufer jene Kunstsachen mit habe veräussern wollen, besonders wenn es sich findet, dass er solchenfalls das Mobiliare bedeutend höher würde veranschlagt haben, dennoch sind dieselben mitverkauft. Hätte aber der Käufer den der Intention des Verkäufers entgegenlaufenden Kauf vollzogen, wissend, dass dieser mehr umfasse, als der Verkäufer zu veräussern beabsichtige, alsdann würden die Kunstwerke nicht mit verkauft sein; denn es läuft gegen die bonam fidem, Jemanden in und mit dem Contracte einen materiel schlechtern Beweis sich verschaffen zu lassen, als man wusste, dass er sich damit zu verschaffen beabsichtigte; es ist dolus wissentlich aus dem Irrthume

*) Si venditor hominis dixit, peculium eum habere decem, nec quidquam — ohnstreitig die richtigere Lesart, und nicht quemquam — ademturum (se venditorem) et si plus habet totum praestet, nisi hoc actum est, ut duntaxat decem praestaret; si minus est, praestet esse decem, et talem servum esse, ut tantum peculii habeat.

eines Mitcontrahenten Gewinn zu ziehen, ihn nicht darauf aufmerksam zu machen, dass der Contract ihm weniger gewähren werde, als er sich gewährt zu sehen beabsichtiget. Das röm. Recht ist dieser Ansicht conform. Nicht lässt sich dies beweisen aus l. 43. §. 2. de contr. emt. vendit. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose, obscure dissimulat; denn auch dies Fragment ist solcher Art, dass man über die Bedeutung desselben schwerlich zu genügender Einsicht gelangt, ohne sich einen Fall zu vergegenwärtigen, in dem es einen zusagenden Entscheidungsgrund suppeditire; wohl aber ist für den aufgestellten Satz eine treffende Belegstelle l. 9. de peric. et commodo rei venditae.

Si post inspectum praedium, antequam emtio contraheretur, arbores ventorum vi dejectae sunt, an hae quoque emtori tradi debeant? quaeritur. Et responsum est: non deberi, quia eas non emerit, quum ante, quam fundum emerit, desierint fundi esse; sed si ignoravit emtor, dejectas esse arbores, venditor autem scierit, nec admonuit, quanti emtoris interfuerit, rem aestimandam esse, si modo veniit. Ebenso l. 15. eod.

Si vina, quae in doliis erant, venierint, eaque ante, quam ab emtore tollerentur, sua natura, corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor tenebitur emtori. Quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet. Plane si, quum intelligeret venditor, non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emtorem, tenebitur ei, quanti ejus interesset, admonitum fuisse.

Durch ein eclatantes, älteren Sächsischen Praktikern noch in frischem Andenken gegenwärtiges Beispiel wird die oben S. 179 u. 180 aufgestellte Regel noch anschaulicher werden.

Ein Oekonom erpachtete ein Rittergut, über dessen Ertragsfähigkeit und dadurch bedingte Höhe des

jährlichen Pachtgeldes er hinreichend unterrichtet war, um zu wissen, dass mehr nicht als 1000 Thlr. jährlicher Pachtzins eine jährliche Schenkung von wenigstens mehreren Tausenden sein würde. Der Verpachter setzt den Contract auf, welcher, den Worten nach, das Guth dem Erpachter „für 6000 Thlr. auf 6 Jahre überliess," indem jener übersehen hatte, vor den „6000 Thlrn." das Wort „jährlich" einzuschalten. Da es gewiss ist, dass an einen Fremden Niemand jährlich Tausende verschenkt, da es gewiss war, dem Pachter musste bekannt gewesen sein, nicht solle ihm geschenkt, sondern zu dem angemessenen Preise verpachtet sein, so war es offenbar dolus, dass er den Contract in dieser Fassung vollzog, ohne den Verpachter auf den handgreiflichen Irrthum aufmerksam gemacht zu haben, nicht admonuisse locatorem, wie die citirten Fragmente sich ausdrücken.

Genügend ergiebt sich aus dem Obigen, dass die Vorstellung, welche einer oder der andere Contrahent mit den Worten des Contractes verbunden hat, ohne Einfluss auf die Entscheidung ist, dass sie entscheidend gegen die Worte des Contractes nur dann wird, wenn der Mitcontrahent gewusst hat, dass jener mit demselben einen darinne nicht ausgesprochenen Sinn verbinde.

Darum ist auch l. 96. de R. J. in ambiguis orationibus maxime sententia ejus spectanda est, qui eas protulisset, entweder unvollständig, oder gar nicht auf Verträge, sondern auf letztwillige Verordnungen zu beziehen, bei denen die Natur der Sache es mit sich bringt, dass sie in dem Sinne des Testators aufzufassen sind, nicht in dem, welchen darinne finden zu dürfen ein anderes Individuum glauben kann. M. vergl. l. 21. §. 1. qui testamenta facere (28. 1.)*).

*) Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero obscurius quis in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanari possit, quaeritur; utputa Stichum legaverat, quum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret; Titio legavit, quum multos Titios haberet amicos; erraverat in nomine, vel praenomine, vel cognomine, quum in corpore non errasset; poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto, posse;

§. 19.

Darf der Kläger oder der excipirende Beklagte, welcher behauptet, dass die Worte des Contractes in einem andern, als in dem grammatischen Sinne verstanden worden seien, mit diesem Vorbringen unbedingt Gehör finden?

Um vor allen Dingen die Bedeutung der Ueberschrift des §. sich recht anschaulich zu machen, nehme man ein auffallendestes und zwar folgendes Beispiel: A., der Besitzer einer Collection verschiedenartiger Gewehre und Waffen hat an B. verkauft: „alle in der Sammlung befindliche Feuergewehre;“ wenigstens lauten so die Worte des schriftlich abgefassten Vertrages. Kann und darf man hier den B., wenn er nicht vermag die Existenz des also abgefassten Vertrages zu leugnen, mit dem Vorbringen hören, bei dem Ausdrucke Feuergewehre habe man sich so viel als Schiessgewehre gedacht, und darum sei auch als mitverkauft anzusehen, alles was sich an Armbrüsten in der Sammlung finde? ist es zulässig, den B. zum Beweise eines solchen Vorbringens zu lassen, obschon die Worte des Vertrages so gewählt sind, dass sie alle nicht in Feuergewehren bestehende Waffen eben so bestimmt ausschliessen, als wenn ausdrücklich wäre hinzugesetzt worden: „kein Gewehr anderer Art solle mitverkauft sein.“ Widersinnig nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed et si notam postea adjecerit legato vel sua voce, vel litteris, vel summam, vel nomen legatarii, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto, etiam qualitatem nummorum postea posse addi; nam etsi adjecta non fuisset, utique placeret, conjectionem fieri ejus, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patris familias, vel regionis.

Näher auf die Auslegung von letzten Willen einzugehen unterlässt der Verfasser, weil hier vor allen Dingen musste festgestellt werden, was, nach Inhalte der Pandekten, für gewisse concrete Fälle recepta interpretatio ist. Das aber würde die Grenzen eines für gegenwärtiges Werk bestimmten Aufsatzes weit überschreiten. Denn jedem, auch nur einigermaassen mit den Quellen Vertrauten ist bekannt, wie eine solche Vorarbeit sich mit einer immensen Masse von Fragmenten zu beschäftigen hätte.

scheint es Jemanden mit der Behauptung zu hören, es sei mit den Worten des Contractes eine Bedeutung verbunden worden, welche unbedingt einem jeden der Sprache mächtigen als ausgeschlossen erscheinen musste.

Was den Verfasser bewogen hat, die gestellte Frage aufzuwerfen, ist l. 7. §. 2. de supellectile legata (33. 10.). Servius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre; verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, utputa escarium argentum, aut paenulas et togas supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectile legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait, nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet, nam vocis ministerio utimur; ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam *καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ* (inarticulata voce) dicere existimamus.

Jedermann wird begreifen, dass der dem Legatar beschiedene Hausrath des Testirers nicht auf dessen silbernes Speisegeschirre, Reisegarderobe und übrige Kleidungsstücke *) sich beziehen lässt, und es wollen Servius und Celsus, dass man niemals gegen den unzweideutigen Sinn der Worte eine abnorme

*) „Escarium argentum, paenulas et togas.“ Dass im Texte die Worte paenulae et togae nicht wörtlich wiedergegeben sind, entgeht dem Verfasser nicht, dem es nur darauf ankam, das wesentliche Moment der Stelle treffend hervorzuheben. Wer über paenulae genauere Auskunft begehrt, findet sie in Brissonius und besser noch sub h. V. in Funke's Realschulencyklopädie.

Bedeutung anziehen dürfe, die in dem gegebenen Falle solle mit den Worten verbunden worden sein. Tubero hatte behauptet: allemal sei mit den Worten gesagt, was man damit habe sagen wollen, und sobald dies gewiss, sei es gleichgültig, was man damit, wie evident auch immer, dem Sprachgebrauche nach wirklich gesagt habe. So viel ist gewiss, bei unserer Stellung zu dem Corp. Jur. und da dasselbe als Gesetzbuch gilt, darf nach §. 2. cit. keine Rede von der mens testatoris sein, wenn die Worte der letztwilligen Verordnung über alle Zweideutigkeit erhaben sind, und es kann nach jener Stelle der Beweis dessen, was der Testator gemeint habe, blos dann zulässig sein, wenn der Erbe oder Legatar fordert, was der Testator den Worten nach gemeint haben kann *), jedoch nicht mit genügender Bestimmtheit, als das von ihm gemeinte bezeichnet hat.

Denken wir uns nun aber denjenigen Fall, welchen §. 2. cit. behandelt in Verbindung mit einem Vertrage z. B. dass kein supellex legirt, wohl aber Hausrath ist verkauft worden, um zu prüfen, ob der Käufer wohl mit dem Vorbringen dürfe gehört werden, darunter sei auch escarium argentum &c. zu verstehen. Gesetzt also: B. fordert aus dem Kaufe auch dieses, indem er entweder die Urkunde selbst der Klage beigelegt oder dieselbe nach von Beklagtem erfolgter Production

*) Auf solche Weise ist daher die in l. 50. §. 3. de legatis I. (30.) vorgeschriebene Berücksichtigung des dem Testator individuellen Sprachgebrauches zu beschränken. Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est; sed et mens patrisfamilias, et legatarii dignitas, vel caritas et necessitudo, item earum, quae praecedunt, vel quae sequuntur, summarum scripta sunt spectanda. Dass die auf l. 7. §. 2. de supellectili legata gegründete Vorschrift rationell ist, wir sie also in Anwendung zu setzen hätten, auch wenn wir uns nicht dazu durch das röm. Recht gehalten fänden, dies wird sich bei Betrachtung dessen ergeben — m. s. o. S. 184 flgd. — was unter übrigens gleichen Umständen hinsichtlich einer supellex nicht legata, sondern vendita würde zu beobachten sein.

anerkennt. Die Klage wird in der angebrachten Maasse abzuweisen sein; denn es ergiebt sich aus dem Documente eine exceptio litis ingressum impediens, weil die Worte desselben das Geforderte ausschliessen, und nicht kann man den Kläger blos um deswillen, weil er behauptet, nach individuellem Sprachgebrauche sei unter dem Hausrathe das Geforderte mitbegriffen worden, zum Beweise lassen; denn schlechthin unglaublich ist es, dass der Contract sich habe auf Silberzeug und Garderobe beziehen sollen, und dass dennoch die Partheien den Contract, dessen schriftliche Abfassung bestimmt ist, nöthigen Falls einem Dritten, dem Richter, Gewissheit über dasjenige zu verschaffen, was man gegenseitig gemeint habe, so sollten abgefasst haben, dass im Voraus abzusehen war, gerade die entgegengesetzte Meinung werde der Richter in dem Contracte ausgesprochen finden. Vielmehr wird der Kläger, will er der Fassung des Contractes ungeachtet etwas ausrichten, darauf sich zu beziehen haben, dass Hausrath und Silberzeug verkauft worden sei, und dabei eine Replic in das Libell aufzunehmen haben, in welcher er Umstände angiebt, die, erwiesen, es begreiflich und glaublich machen, dass einer solchen Uebereinkunft ungeachtet eine solche Urkunde habe abgefasst werden können. Dann wird kein Contract auszulegen, sondern vielmehr gewiss sein, dass das Urtheil gar nicht von Auslegung eines Vertrages abhänge. Solchergestalt wäre die anderweite Regel gewonnen:

> unberechtiget ist man auf Auslegung eines Contractes nach individuellen Sprachgebrauch zu insistiren, wenn dieser vorgebliche individuelle Sprachgebrauch entschieden der unzweideutige Gegensatz des allgemein üblichen Sprachgebrauchs wäre.

Nicht nur aber bei Verträgen ist dies rationell, sondern auch dann, wenn wir §. 2. cit. in seiner ursprünglichen Beziehung zu Testamenten erwägen. Der Testator will documentiren, was der Legatar erhalten

soll. Dieser unbestreitbar vorhandene Wille bedingt die eben so unbestreitbare Voraussetzung, dass er dazu sich der entsprechenden Worte habe bedienen wollen, und diese Voraussetzung macht es unglaublich, dass er seinen Willen sollte in Worten ausgesprochen haben, die, wie auch dem Testator nicht entgehen konnte, den entgegengesetzten Willen kund geben. Oder wollte man etwa den Legatar, dem ein Esel vermacht worden ist, ein Reitpferd unter der Voraussetzung fordern lassen, dass er darthät, der Testator habe seinen Esel statt Reitpferd zu brauchen und denselben auch also zu benennen gepflegt, nicht vielmehr sich überzeugt halten, dass da, wo der Testator aufgefordert war, bei dem Ausdrucke besonnen und schicklich zu Werke zu gehen, er sich nicht geflissentlich eines verkehrten Kauderwelsch bedient habe?

Da der Verfasser die Auslegung von letzten Willen nicht zum Gegenstande einer besondern Untersuchung gemacht hat, so mag hier, wo zum letztenmale ein nur auf Testamente sich beziehendes Fragment ist erörtert worden, anhangsweise ein Beispiel folgen, an dem sich sehr überzeugend nachweisen lässt, wie die Auslegung der Testamente von der eines Vertrages abweichen kann, jedoch nur die Eigenthümlichkeit der unterschiedenen Verhältnisse scharf vor das Auge braucht gestellt zu werden, um das Urtheil mit Sicherheit zu fällen und der Zustimmung des röm. Rechtes versichert sein zu können.

Man nehme l. 14. §. 2. de alimentis (34. 1.), — si alimenta, quae vivus praestabat, reliquerit, ea demum praestabuntur, quae mortis tempore praestare solitus erat; quare si forte varie praestiterit, ejus tamen temporis praestatio spectabitur, quod proximum morti ejus fuit. Quid ergo, si, quum testaretur, minus praestabat, plus mortis tempore, vel contra? Adhuc erit dicendum eam praestationem sequendam, quae novissima fuit.

A. hat bei Lebzeiten dem B. Alimente gegeben und onerirt in seinem Testamente den Erben C. fort und fort an B. so viel Alimente zu verabreichen, als

bei Lebzeiten er, A., dem B. Alimente gegeben. Wenn der Betrag dieser Alimente eine wechselnde Grösse, bald mehr bald weniger gewesen ist, so könnte in dieser Hinsicht die Auslegung zweifelhaft scheinen, ohne jedoch es wirklich zu sein. Denn erwägt man sie mit vollständiger Acribie, so sagen die Worte: legirt sind dem B. soviel Alimente, als ich ihm bei meinen Lebzeiten werde gegeben haben," das Gegebenhaben fällt hier mit dem Gegebenhabenwollen zusammen, und über das, was des Testators Wille gewesen sein wird, dem Legatar zu geben, darüber kann man sich, wenn es zur Testamentsvollstreckung kommt, nicht besser aufklären, als indem man die letzte Zahlung berücksichtiget, durch welche der Testator factisch dargelegt hat, wieviel er mehr oder weniger in Verhältniss zu dem frühern zu geben sich endlich entschlossen hatte. Also die letzte Zahlung ist der Maasstab für die Grösse des Legates, und nichts kommt darauf an, dass B. früher vielleicht ungleich weniger erhalten hat.

Gesetzt aber, durch Vertrag macht A. sich verbindlich, dem B. „die bisher demselben," jedoch in steigendem und fallendem Betrage „gereichten Alimente fernerhin zu geben." Hier ist eine wirkliche Zweideutigkeit vorhanden. Denn bisher ist bald mehr bald weniger gegeben worden, und die Zeit des Contractabschlusses giebt keine Norm, wie sie in dem zuerst bemerkten Falle durch des Testirers Todestag gegeben ist. Nach den S. 185 entwickelten Grundsätzen wird B. nur das Mindeste zu fordern berechtiget sein, daferne er nicht darzuthun vermag, welcher andere das minimum übersteigende Betrag gemeint worden sei.

§. 20.

Besondere Erläuterung der in l. 34. de R. J. aufgestellten Regel: Semper in stipulationibus et in contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est,

erit consequens ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

Vor allen Dingen bemerken wir, dass der Sinn der Stelle und aller andern, die bei Verträgen auf das quod actum est wollen gesehen wissen, keinesweges der sein kann, es solle die Frage: quid actum sit so an die Spitze gestellt werden, dass man zunächst unabhängig von den Worten des Vertrages zu untersuchen hatte, quid actum sit und erst dann mit den Worten des Vertrages sich beschäftigen solle. Denn der schriftliche Vertrag ist als solcher ja eben bestimmt, das medium zu sein, durch welches das Verhandelte soll erkannt werden; auch weiss jedermann, wie entschieden eine solche Ansicht der röm. Praxis hinsichtlich der Stipulationen widersprechen würde, während das Fragment offenbar jeden Contract nach derselben Methode auszulegen vorschreibt, die auch bei Stipulationen angewendet wurde. Demnach hebt l. 34. cit. nicht die an und für sich selbst und ohne dass es dazu des röm. Rechtes bedarf, vorhandene Gewissheit auf: die Worte sind dasjenige, wodurch über das id quod actum entschieden werden soll und nur unter den von dem Verfasser ausgeführten Voraussetzungen kann ein anderes Moment über den Sinn entscheiden, in welchem ein Vertrag Geltung finden dürfe. Wie nun aber ist diesen Voraussetzungen der mos regionis einzureihen, qui in regione frequentatur, qua actum est? Hierüber Folgendes: Unter mos regionis ist nicht localer Sprachgebrauch, sondern

1) Localgewohnheitsrecht zu verstehen, das die naturalia negotii an einem Orte anders als an dem andern normirt. Während es z. B. ein naturale des Kaufes ist, dass Uebergabe der Sache und Zahlung des Preises Zug um Zug erfolgen müssen, versteht es sich unter den Bewohnern Hamburgs hinsichtlich alles dessen, was man bei dem Kaufmanne oder Handwerker ausnimmt, dass die Zahlung erst mit dem Jahresschlusse geleistet wird, so unbedingt, dass wer

sofort baar bezahlt, sich eines gewissen allgemein angenommenen Rabattes erfreut. Eine Sitte, auf welche sich die Worte der l. 37. de LL. anwenden lassen: Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.

Die allgemein anerkannte Wahrheit *), dass überall Localgewohnheitsrechte eine Rechtsnorm sind, kann bei der Lehre von Auslegung der Verträge nur in einer einzigen Beziehung in Betracht kommen, insoferne nämlich, als die Frage entsteht, wie es zu halten sei, wenn den Contrahenten oder auch nur dem einen von beiden das einschlagende Gewohnheitsrecht ist unbekannt gewesen und darum mit dem Geschäfte eine von jener Rechtsnorm abweichende Vorstellung ist verbunden worden. Was hierüber zu sagen ist, beschränkt sich auf die wenigen Bemerkungen, dass, wie der Unterthan des Staates dessen Gesetze kennen soll und nur ausnahmsweise auf Rechtsunkunde sich beziehen darf, auch jeder an einem Orte einheimische die Verpflichtung hat, mit des Ortes Localgewohnheitsrechten bekannt zu sein. Träte der Fall ein, dass Fremde an einem Orte contrahirten, dessen locale Rechtsgewohnheiten ihnen unbekannt sind, oder ein Bewohner des Ortes mit einem daselbst nicht Einheimischen contrahirte, so würden, um der unverkennbaren Analogie willen,

*) Z. B. l. 3. in fine de testibus (22. 5.). Divi fratres rescripserunt: Quod ad testes evocandos pertinet, diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit; nam si probabitur, saepe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non est dubitandum, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui judicat.

l. 17. §. 1. de aqua et aquae pluviae (39. 3.). Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit; non enim consuetudinis est, ut, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat. Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiam si nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

diejenigen Grundsätze in Anwendung zu bringen sein, welche der Verfasser in Bd. 2. Num. VIII. S 85. — 132. entwickelt hat.

Es kann aber auch mos regionis

2) besonders mit einem Geschäfte sich verbindende Folgen bezeichnen, die auf eigenthümlichen bürgerlichen Einrichtungen des Ortes oder daselbst obwaltenden physischen Verhältnissen beruhen. Z. B. wer an dem einen Orte nach Maas oder Gewicht kauft, erhält für dasselbe Geld mehr oder weniger als anderwärts, je nachdem zur Stelle grösseres oder kleineres Maas und Gewicht im Gebrauch ist. M. s. l. 71. de contr. emt. vendit. (18. 1.) Imperatores Antoninus et Verus Augusti Sextio Vero in haec verba rescripserunt: quibus mensuris aut pretiis negotiatores vina compararent, in contrahentium potestate esse; neque enim quisquam cogitur vendere, si aut pretium, aut mensura ei displiceat, praesertim si nihil contra consuetudinem regionis fiat.

Ferner: wer im Morgenlande oder im Süden Europa's Lastthiere zum Gegenstande eines Vertrages macht, wird in Beziehung auf ein anderes Object berechtiget und verbunden, als im gleichen Falle in Sachsen; eben so wer Brennmaterial zu liefern verspricht, verspricht da, wo Torf oder Steinkohlenfeuerung üblich ist, etwas anderes, als wer ein solches Versprechen in Holzländern leistet.

Schwerlich braucht man umständlich zu deduciren, dass die Bekanntschaft oder Unbekanntschaft mit solchen localen Verhältnissen ebenmässig wie die Kunde oder Unkunde hinsichtlich eines Localgewohnheitsrechtes wird zu beurtheilen sein.

§. 21.

Anhang; die genanntesten neueren Gesetzgebungen in Hinsicht auf juristische Auslegung.

Hier auf das Pr. Landrecht, den Code Napoléon und das Oestr. bürgerliche Gesetzbuch sich beschränkend, legt der Verfasser das unumwundene Geständniss ab, kaum zu wissen, wie er Methode in die Behandlung des Stoffes bringen möchte. Denn während man bei den lauten Anpreisungen des juristischen Wohlbefindens, das überall durch die Codificationen soll verbreitet worden sein, und das da, wo man sich noch keiner Codification erfreut, den unausgesetzten Wunsch danach rege erhält, meinen sollte, dass alle Wahrheiten, welche der Mann des gemeinen Rechtes sich mühsam genug, nicht aus dem röm. Rechte erholt, sondern durch eine selbstständige Behandlung der Fragmente desselben construirt, in den genannten Gesetzgebungen kurz und bündig vorliegen dürften, auch wenigstens in den Grundansichten, eine gewisse Uebereinstimmung vorwalten werde, wie sie in den Institutionen benachbarter und in ihrem Culturzustande nicht eben auffallend verschiedener Staaten zu herrschen pflegt, findet man über alles, was juristische Auslegung betrifft, höchst divergirende Ansichten verfolgt und zum Theil Vorschriften gegeben, welche nicht mehr aufklären, als Justinians regulae juris, wenn man dieselben nimmt, wie sie in dem Titel, aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen, als Regeln ausgesprochen sind. Der Verfasser glaubt die Lectüre des gegenwärtigen §pben könne die Zahl derjenigen vermehren, welche in der angegebenen Hinsicht seine Ueberzeugungen theilen.

Die Gesetzauslegung. Diese betreffend ist der Code Napoléon geradehin der Antipode des Pr. Landrechts. Findet der Richter kein Gesetz — so verordnet letzteres in §. 49. der Einleitung — welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so soll er nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäss erkennen, jedoch (§. 50.) den vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz anzeigen; dies, damit die der Gesetzgebung etwa nöthige Nach-

hülfe werde. Man sollte meinen, des Richters Schuldigkeit, auch in einem solchen Falle nach bester Einsicht zu erkennen, verstünde sich von selbst, und er sei nicht in der Lage kein Gesetz zu finden, wenn in der Gesetzgebung aufgestellte allgemeine Grundsätze eine Norm geben, auch sei solchenfalls es nicht wohl ausführbar copulativ die allgemeinen Grundsätze und wegen ähnlicher Fälle vorhandene Verordnungen in Anwendung zu bringen. Wenn hingegen der Richter zwar ein Gesetz, jedoch den eigentlichen Sinn desselben zweifelhaft findet, so muss er, nach dem Preussischen Landrechte am a. O. §. 46., seine Zweifel, ohne die Processführenden Partheien zu benennen, der Gesetzcommission anzeigen und auf deren Beurtheilung antragen. Deren Beschluss (§. 48.) leitet die alsdann von dem Richter zu gebende Entscheidung, gegen welche indess den Partheien (offenbar weil die Gesetzcommission im Voraus es nicht entbehrlich findet, den Zweifel nochmaliger Prüfung unterworfen zu sehen) die gewöhnlichen Rechtsmittel unbenommen sind. Es ist also das Pr. Landrecht im Wesentlichen eines und desselben Glaubensbekenntnisses mit Justinian in l. 12. C. de legibus (m. s. S. 143.) und der Richter soll sich des Auslegens enthalten. Wenn nun aber dem Richter (§. 46.) eingeschärft wird, „er solle dem Gesetze keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange derselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten unzweifelhaften“ (wie oft ist nicht von zwei so ziemlich gleich verständigen Menschen dem einen die Affirmative, dem andern die Negative gewiss) „Grunde des Gesetzes erhellet,“ so scheint es, häufig müssten die Fälle vorkommen, wo der Richter sich an das Auslegen begeben muss, um zu wissen, er habe bei der Gesetzcommission die Auslegung zu beantragen. Ganz anders der Code Napoléon. Dieser (titre préliminaire art. 4. *)

*) Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

betrachtet es als ahndungswürdige Justizverweigerung, wenn der Richter unter dem Prätexte, das Gesetz schweige über den concreten Fall, sei dunkel oder unzureichend, das Urtheil verweigert. Wie nun aber, wenn in That und Wahrheit le silence, l'obscurité, l'insuffisance de la loi sich nicht abläugnen lässt? Fast scheint es, der Richter soll und muss, gut oder übel, nach den Gesetzen entscheiden und die Behauptung, er könne es nicht, allemal als Prätext angesehen werden. Denn obschon so viel gewiss ist, verkehrt wäre es, wenn ein Richter in irgend einer zu seiner Competenz gehörigen Streitigkeit ein Urtheil verweigern dürfte, so ist doch auch eben so gewiss, dass er dabei einer Norm mit Ueberzeugung müsse folgen können, als die man, vorausgesetzt die Gesetze verlassen ihn, seine eigne selbstständige Rechtserkenntniss muss gelten lassen, auf die jedoch der C. N. ihn nirgends verweist.

Besser und zusagender ist, was in §. 6. und 7. der Einleitung das Oestr. Gesetzbuch vorschreibt:

> „Einem Gesetze darf in der Anwendung kein andrer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“
>
> „Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe andrer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

Dass man bei den Worten „aus der klaren Absicht“ sich nicht ganz klar gewesen sei, belegen die Anmerkungen des Franz Edlen von Zeiller, welcher Bd. 1. S. 56. flgd. seines Commentars folgendes sagt:

„Die Quellen, welche uns mit der Absicht und den Gründen des Gesetzgebers bekannt machen, und auf welche auch in diesem Gesetzbuche, bald ausdrücklich, bald stillschweigend hingedeutet wird, sind: a) das oberste Rechtsgesetz: Beschränkung der Freiheit des Einzelnen zu Aufrechthaltung der Freiheit Aller (S. 54.), b) die natürlichen, allgemeinen Rechtsgrundsätze, die allgemeinen und die, jedem Rechtsgeschäfte eigenthümlichen, besonderen (in diesem Gesetzbuche der Behandlung eines jeden Rechtsgeschäftes zum Grunde gelegten) Rechtsbegriffe; d) die natürlichen, aus der Natur eines Rechtsgeschäftes, aus der gewöhnlichen Ordnung der Dinge, oder aus der vermutheten Absicht der Handelnden, die der Gesetzgeber aufrecht zu erhalten und zu schützen Willens ist, hergeleiteten rechtlichen Vermuthungen.“

Unverkennbar ist hier, was als Grund und Absicht des Gesetzes gelten soll, nichts anderes, als des Richters von dem Gesetze unabhängige und in einem eben vorliegenden Falle nicht von dem Gesetze gebundene Rechtsüberzeugung.

Auslegung von Verträgen.

Nehmen wir zuerst das Pr. Landrecht, welches Th. 1. tit. 4. §. 65. — 74. ganz allgemein von Auslegung der Willenserklärungen handelt. Sollte es zu viel gesagt sein, wenn man behauptet, dass mit keinem einzigen aller hier aufgestellten Sätze etwas gefördert ist? Von selbst verstehen sich §. 65., 66. und 68. *).

*) §. 65. „Der Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung muss nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden.“

§. 66. „Die gewöhnliche Bedeutung ist nach der Zeit, wann die Erklärung abgegeben worden, zu beurtheilen.“

§. 68. „Hat jemand seinen Willen durch einen Andern erklärt, so kommt es auf den Sprachgebrauch des letzteren an, insofern derselbe nicht solcher Ausdrücke, die von dem Machtgeber bestimmt vorgeschrieben worden, sich bedient hat.“

Zu §. 66. möchte man sich folgendes Beispiel zu denken haben: es wird ein Preis festgesetzt zu einer Zeit, wo noch Münzsorten im

Nun die übrigen; §. 67. *).

Wie auch der Verfasser die denkbaren Idiosyncrasieen der Personen klassificiren möge, nirgends entdeckt er einen von der Beschaffenheit der Personen bedingten eigenthümlichen Sprachgebrauch. Denkbar ist ein solcher bei gewissen Ständen z. B. bei dem Landmann. Aber auch dann leidet der §. nur bei Testamenten Anwendung. Kein Contrahent hat sich an den individuellen Sprachgebrauch des Mitcontrahenten zu kehren **).

Mit §. 69. ***) verbindet sich dem Verfasser keine Vorstellung; denn er kennt kein Geschäft, wo nach Beschaffenheit des Gegenstandes besondere Ausdrücke oder Redensarten im Gebrauche wären.

In Betreff von §. 70 †) nehme man einen Fall, wie ihn l. 4. pr. de alimentis enthält. Libertis libertabusque meis, quos vivens in testamento et codicillis manumisi, vel manumittam, dari volo mea praedia, quae in Chio insula habeo; ad hoc, ut, quaecunque vivente me acceperint, constituantur iis cibarii et vestiarii nomine.

Die in den citirten Worten bereits aus dem Griechischen in das Lateinische übertragene Disposition lässt im Deutschen sich also wiedergeben: Ich will, dass allen Sclaven und Sclavinnen, die ich im Testamente

Cours sind, hinsichtlich deren man voraussieht, dass sie nächstens mit Einführung andrer werden gesetzlich ausser Cours gebracht werden. Nachdem dies geschehen, wird auf Zahlung geklagt. Die Contrahenten haben bei Bestimmung des Preises nicht diese, sondern jene Sorten gemeint.

*) „Ist der Sprachgebrauch nach Beschaffenheit der Person verschieden, so muss auf die Person des Erklärenden gesehen werden.“

**) Die Ausnahme, wo jemand seinem Sprachgebrauche nach weniger verspricht, als er nach allgemeinem sagt, und dennoch nur zu dem mindereren sich verpflichtet, weil dem Mitcontrahenten bekannt war, was jener meinte und also ein Missverständniss arglistiger Weise ausgebeutet werden sollte, ist motivirt durch die Bemerkung S. 179. u. 180.

***) „Sind nach Beschaffenheit des Gegenstandes, besondere Ausdrücke oder Redensarten im Gebrauch, so muss der Sinn der Willensäusserung, diesem Gebrauche gemäss, erklärt werden.“

†) „Ist in der Erklärung die Absicht deutlich ausgedrückt, so sind zweifelhafte Stellen dieser Absicht gemäss auszulegen.“

oder in Codicillen frei gelassen habe oder noch freilassen werde, die Ländereien gegeben werden, die ich in Chios habe; dies zu dem Ende, dass, was sie bei meinen Lebzeiten von mir erhalten haben mögen, ihnen unter dem Namen eines Speise- und Garderobegeldes gesichert werde *). Nun denke man sich einen Richter, der Willenserklärungen nach §. 70. des Pr. Landrechtes auslegen, zweifelhafte Stellen der Absicht gemäss auslegen soll, wenn diese in der Erklärung deutlich ausgedrückt ist. In pr. cit. hat er eine deutlich erklärte Absicht: ejus, quod liberti vivente testatore ab eo acceperint, constitutio cibarii et vestiarii nomine. Was ist nun in Gemässheit dieser deutlich erklärten Absicht mit der vorhergehenden Disposition dari volo u. s. w. zu machen? Soll der Richter sie für zweifelhaft halten, annehmen, dass sie in irgend einem andern, als in dem wörtlichen Sinne zu verstehen sei, weil sie nicht zur Absicht passt, (indem nicht eine lebenslängliche Rente, sondern mehr als diese gewährt wird, so bald man Jemandem ein Grundstück giebt, auch dessen Betrag sich zweifelsohne entweder auf mehr oder auf weniger belaufen wird, als die liberti bei des testators Lebzeiten von diesem zu erhalten pflegten), oder soll der Richter, weil, grammatisch genommen, die erklärte Disposition an sich ganz deutlich ist, nicht lieber die Erklärung der Absicht für unpassend betrachten, und überzeugt sein, dass man an deutlichen Worten nicht blos um deswillen mäkeln dürfe, weil Jemand, indem er sie aussprach, einen nicht entsprechenden Zusatz beigefügt hat? Letzterer Ansicht ist Modestinus gewesen und ohnstreitig ganz mit Recht. Wir wissen, was der Testator wollte; denn mit dem dari praedia lässt sich gar keine andere Vorstellung verbinden, als die: sie sollen Eigenthum des Legatars werden. Der Zusatz „ad hoc“ beweist weiter nichts, als dass der Testator über die Wirkungen sich nicht klar war, zu welchen die Vollstreckung seines unzweideutigen Willens

*) Für das constituere haben wir keinen adäquaten deutschen Ausdruck.

führen musste *). Wohin der auslegende Richter nach dem Pr. Landrechte gelangen würde, ist dem Verfasser nicht deutlich und kaum dürfte einer von seinen Lesern vermögen es sich zu verdeutlichen.

Lässt wohl §. 71. **) sich in der aufgestellten Generalität rechtfertigen? Gesetzt — man erinnere sich des oben erörterten Falles S. 197. — Jemand hat einem Andern so viel an Alimenten legirt, als letzterer bei des Testirers Lebzeiten erhalten hat. Die in der Disposition mangelnde Quantificirung hat die Folge, dass dem Legatar so viel vermacht ist, als auf wie viel der Erblasser durch die zuletzt vor seinem Tode beschehene Alimentenreichung deren Betrag festgestellt hat. Sollte es anders gehalten werden, sollten, wenn dies Quantum 300 Thlr. betrüge, nur 200 legirt sein, weil der Testator in früheren Jahren, wo ihm 200 ausreiched schienen, nur so viel des Jahres gegeben und damals zu Freunden gesagt hat, er gebe dem N. jährlich 200 Thlr. Alimente, und so viel solle derselbe auch nach seinem Tode erhalten? Dahin, scheint es, würde man nach Pr. Landrechte kommen. Zusagender

*) Was zur Exegese der Disposition im Fragmente gesagt ist, beweist, dass Modestinus darüber „praedia esse libertis relicta“ kaum ein Bedenken empfand, denn in dieser Beziehung findet sich gar nichts deducirt. Quaero: quam habeant significationem, utrum ut ex praediis alimenta ipsi capiant, an vero ut praeter praedia et cibaria, et vestiaria ab herede percipiant? et utrum proprietas, an ususfructus relictus sit? et si proprietas relicta sit, aliquid tamen superfluum inveniatur in reditibus, quam est in quantitate cibariorum et vestiariorum, an ad heredem patronae pertineat? et si mortui aliqui ex libertis sint, an pars eorum ad fideicommissarios superstites pertineat? et an die cedente fideicommissi, morientium libertorum portiones ad heredes eorum, an testatoris decurrant? Modestinus respondit: videntur mihi ipsa praedia esse libertis relicta, ut pleno dominio haec habeant et non per solum usumfructum; et ideo et si quid superfluum tam in reditibus, quam in cibariis erit, hoc ad libertos pertinet. Sed etsi decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem, pars ejus ad ceteros fideicommissarios pertinet; post diem autem cedentem si qui mortui sint, ad suos heredes haec transmittent.

**) „Hat der Erklärende seinen Willen bei andrer Gelegenheit deutlich geäussert, so muss das Dunkle einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeusserung gemäss verstanden werden.“

scheint es dem Verfasser, den Fall unbedingt in Conformität mit den Pandekten zu entscheiden.

Nur auf letztwillige Verordnungen, nicht anwendbar auf Willenserklärungen im Allgemeinen scheint §. 72. *). Denn bei Contracten ist spätere einseitige Willenserklärung effectlos und die gegenseitige ein im Ganzen oder im Betreff eines Theiles ganz neuer Contract.

Was soll mit §. 73. **) gesagt sein? Schwerlich sind unter den „in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen," die in den allegirten §phen enthaltenen gemeint, da ja diese schon um desswillen, weil sie in dem Gesetzbuche stehen, ihre Anwendung befehlen. Der Verfasser möchte glauben, damit solle gesagt sein, es entschieden über alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, die bei einem Geschäfte nicht ausdrücklich als Folgen desselben bezeichnet wären, die damit gesetzlich verbundenen Wirkungen ***).

Unfähig zu fassen, was am Ende daran gelegen sein könne, dass, so viel nur irgend möglich, keine Willenserklärung ohne Erfolg bleibe, würde der Verfasser an die Stelle von §. 74. †) folgende Verordnung setzen: wenn eine Willenserklärung zweideutig in der Maasse ist, dass sie in dem einen Sinne wirkungslos sein, in dem andern hingegen eine Wirkung hervorbringen würde, so ist sie in diesem letzteren Sinne in Anwendung zu bringen, daferne man anzunehmen hat, derjenige, der die Erklärung ausgesprochen hat, würde, hätte er sie in dem erstgedachten Sinne abgegeben,

*) „Ausgenommen ist der Fall, wo die Absicht, eine frühere Willenserklärung durch eine spätere zu ändern, deutlich erhellet."

**) „Unbestimmte Willensäusserungen sind nach den in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen zu erklären."

***) „Hier wo es zunächst darauf ankam, den Werth des legislativen Ausspruches zu prüfen, war man nicht veranlasst zu untersuchen, wie nach Pr. Praxis der Sinn des §phen aufgefasst werde, oder wie er aufzufassen sein dürfte, wenn man jenen Hülfsapparat zur Hand hat, der auch an dem Pr. Landrecht angeschossen ist."

†) „Doch ist jede Willensäusserung im zweifelhaften Falle so zu deuten, dass sie nicht ohne alle Wirkung bleibe."

von der Wirkungslosigkeit derselben überzeugt sein müssen. Denn blos darum, weil Y. als unausführbar erscheint, zu glauben, der Erklärende habe X. gemeint, wäre ein übereilter Schluss, und eine Willkühr wäre es, die Erklärung in einem Sinne zu bewirken, hinsichtlich dessen man begriffe, dass ihm die Gewähr der Conformität mit der Absicht des Erklärenden abgehe.

Die Auslegung von Verträgen nach dem Code Napoléon. (Lb. III. tit. III. sect. V. art. 1156. — 1164.)

Wenn mit art. 1156. *) nur so viel soll gesagt sein: höher als der aus den Worten resultirende Sinn stehe dasjenige, was erweislichermaassen beide Theile gegenseitig gemeint haben, so lässt sich dagegen nichts einwenden; sollte aber damit gesagt sein **): Pflicht des Richters sei es, bei allen die Auslegung von Verträgen betreffenden Streitigkeiten vor allen Dingen der „commune intention“ der Contrahenten nachzuforschen, wogegen dieselbe nach röm. Praxis nur ausnahmsweise und unter gewissen, von dem Verfasser entwickelten Voraussetzungen in Betracht kommt, so ist der art. sehr bedenklicher Art. Sollen denn zum Beispiel die weitumfassenden Bestimmungen einer in grösster Allgemeinheit ausgesprochenen contractmässigen Zusage immer speciell auf diejenigen Gegenstände eingeschränkt werden, hinsichtlich welcher ganz besonders vorliegt, dass über sie hat contrahirt werden sollen? Allerdings könnte man dies in art. 1163. ***) verordnet glauben.

*) On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

**) Eine den Verfasser befremdende Aeusserung findet sich zu jenem Artikel in Zachariä's Handbuche, des franz. Civilrechtes B. 1. S. 268. „Man dürfte geneigt sein,“ sagt dieser Rechtslehrer, „gegen die Zulässigkeit des Hauptsatzes, von welchem der C. N. in dieser Lehre ausgeht, die Einwendung zu machen, dass er der richterlichen Willkühr einen zu weiten Spielraum eröffne, wenn ihn nicht zu laut die Praxis forderte.“

***) Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il parait que les parties se sont proposé de contracter.

Bei art. 1157. *) gilt das nämliche, was S. 198. zu dem Inhalte des jenem Artikel verwandten §. 74. des Pr. Landrechtes sich gesagt findet.

Täuscht den Verfasser nicht alles, so ist die Vorschrift — art. 1158. — „les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contract“, nur eine auf Missverständniss beruhende Uebersetzung der sententiae, quae rei gerendae aptior est, in l. 67. de R. J. — m. s. S. 142. n. 2. und S. 175. flgde. — Der Artikel ist von der Art, dass man, anstatt sich dadurch für Behandlung eines in der Praxis möglichen Falles sicher gestellt zu finden, aufgefordert wird zu forschen, auf welches factische Verhältniss wohl die gegebene Vorschrift anwendbar sein könnte.

Man vergleiche was §. 20. S. 188. flgde. über den mos regionis, als ein sogenanntes Hülfsmittel für Auslegung von Verträgen gesagt ist, um den theoretischen Werth zu bestimmen, welcher sich wohl dem art. 1159. **) nachrühmen lasse.

Welcher Rechtsansicht zufolge hat man sich bewogen gefunden, den Satz aufzustellen, den art. 1160. enthält? ***)

Soll den Contrahenten es nicht freistehen, den Contract in irgend einer andern als der üblichen Modalität abzuschliessen? und, steht ihnen dies frei, wie mag man sie an diese oder jene Ueblichkeit fesseln, indem man dieselbe supplirt, wenn sie im Contracte sich nicht findet, und liegt solchenfalls es nicht viel näher anzunehmen, dass in dem gegebenen Falle das Uebliche nicht für das gegenseitig den Contrahenten Zusagende gegolten habe.

*) Lorsqu' une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

**) Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

***) On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

Da es für keine Rede ein besseres Mittel zur Erklärung derselben giebt, als ihre Totalität, so lässt natürlich gegen art. 1161. *) sich nichts einwenden, allein eine allgemeine Wahrheit in die Codification um deswillen aufzunehmen, weil dieselbe in bürgerlichen Rechtsverhältnissen zur Anwendung kommen kann und häufig kommen wird, scheint überflüssig und jedenfalls inconsequent, weil mit eben so gutem oder schlechtem Grunde unzählige andere praecepta sanae rationis gesetzlich auszusprechen wären. Die franz. Praxis selbst hat dies gewissermaassen anerkannt, denn der Cassationshof (m. s. Zachariä am a. O. S. 267. n. 3.) hat bereits 1807 ausgesprochen, es sei unter andern auch dieser Artikel mehr ein den Richtern gegebener Rath (conseil donné aux juges) als eine unter allen Umständen streng zu beobachtende Regel, und in den Discussions (Tom. III. pag. 406.) findet man hinsichtlich jenes Urthels folgendes bemerkt: On s'était pourvu contre un arrêt sur le fondement qu'il avait mal interprété une convention. Le pourvoi fut rejeté, parceque l'interprétation dépend de la conscience du juge; et que la loi ne lui fait pas une nécessité d'adopter un sens plutôt qu'un autre.

Durchaus conform den §. 16. S. 710. flgd. entwickelten Ansichten ist art. 1162. **) und da der Satz nur aus einer nicht eben flach vorliegenden theoretischen Betrachtung resultirt, ist er auch nicht überflüssig, was offenbar, wenn den Verfasser nicht alles täuscht, bei art. 1164. ***) der Fall ist.

*) Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

**) Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

***) Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu parlà restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

Die nicht eben lobenden Bemerkungen, zu denen sich der Verfasser durch den C. N. in Beziehung auf die vorliegende Materie hat aufgefordert gefunden, mehren sich noch durch die Frage, welches Auslegungsprincip denn nun der Richter von den ihm vorgeschriebenen zunächst in Anwendung bringen soll? Denn schwerlich erfordert es grosse Erfindsamkeit sich casuistische Verwickelungen auszusinnen, wo man eben so gut den einen als den andern der bemerkten Artikel anwenden, mit jedem aber ein anderes Resultat gewinnen könnte. Wie passt ferner zu der Regel: contre celui qui a stipulé solle ausgelegt werden, die Vorschrift nach welcher — m. s. §. 17. S. 172 flgde. — tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. Noch andere in den C. N. nach Ausweis der Discussions ohne allen Anstoss und zugleich ohne erkennbare hinreichende raison aufgenommene Auslegungsregeln finden sich bei einzelnen Materien.

Z. B. art. 1175. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fut. Zachariä am a. O. S. 267. erblickt hierinne ein Beispiel der dem Richter zur Pflicht gemachten logischen Auslegung der Verträge.

Einen, und zwar einen bedeutenden Vorzug, hat auch hier das Oestr. Gesetzbuch schon dadurch, dass es kurz ist, sich Th. II. Hauptstück 17. §. 914. und 915. auf die unten zu lesenden wenigen Vorschriften beschränkt *). Da keine Auslegung durch ihr Object

*) „Die auf die Auslegung der Gesetze angeführten allgemeinen Regeln gelten auch für Verträge. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, dass er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei."

915. „Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeusserung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat."

bedingte eigenthümliche Regeln haben kann, so ist es gut, dass ausdrücklich vorgeschriebener Maassen die Regeln für Auslegung der Gesetz e auch hinsichtlich der Verträge gelten sollen. Schwer aber ist es abzusehen, wie es anzufangen sei, dass im Falle wirklich vorhandenen Widerspruchs derselbe durch Erklärung beseitiget werde. Auch hätte man nicht zwischen einseitigen und zweideutigen Verträgen zu unterscheiden gebraucht, wenn in Conformität zu dem röm. Rechte die §. 16. S. 170. flgde. auseinandergesetzte Theorie wäre angenommen worden. Das interpretatio facienda contra eum qui clarius loqui debuisset — darauf läuft §. 915. in Betreff der zweiseitigen Verträge hinaus — ist völlig nichtssagend, denn Käufer und Verkäufer, einer wie der andere, haben sich der undeutlichen in den schriftlichen Contract aufgenommenen Aeusserung bedient. Will man sich das lange Hin- und Hersprechen, das vielleicht der schriftlichen Abfassung vorhergegangen ist, vergegenwärtigen, es gleichsam reproduciren, um zu ersehen, wer wohl die undeutliche Aeusserung verschuldet habe, so verlässt man sich auf etwas in den meisten Fällen unausführbares.

Zu fragmentarisch, um daran eine Vergleichung zu knüpfen, ist, was der Verfasser über Auslegung letzter Willen gesagt hat. Das Oestr. Gesetzbuch spricht darüber Th. II. Hauptstück 11. §. 655. nur folgendes aus:

„Worte werden auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müsste denn bewiesen werden, dass der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besondern Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder, dass das Vermächtniss sonst ohne Wirkung wäre.“

Soll man aber — nur diese Frage erlaubt sich hier der Verfasser — nicht lieber eine letztwillige Verord-

nung wirkungslos bleiben lassen, als von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte abweichen und dadurch sich in die Gefahr begeben, des Testators Willen nicht nur nicht auszuführen, sondern demselben höchst wahrscheinlich geradezu entgegen zu handeln?

IX.

Zu §. 52. der Presspolizeiverordnung vom 13. Octbr. 1836 (Gesetz- und Verordnungsblatt. Stk. 20. Num. 67. S. 287.).

Indem der Verfasser unter dieser Ueberschrift die Entscheidung eines Falles mittheilt, bei dem als Entscheidungsnorm die obangezogene Verordnung in Betracht kam, findet er sich veranlasst folgende Bemerkungen vorauszuschicken.

Es wird sich zeigen, dass man die in der gedachten Verordnung enthaltene Vorschrift in einem ganz andern, als in dem aus den klaren unzweideutigen Worten derselben sich ergebenden Sinne, in Folge von Momenten zur Anwendung gebracht hat, welche schlechterdings keinen gesetzlichen Charakter haben, und dass somit die Praxis der höchsten vaterländischen Instanz in einem gegebenen Falle nach ganz andern Maximen verfahren ist, als im vorhergehenden Aufsatze S. 132. flgde. von dem Verfasser sind aufgestellt worden. Ausdrücklich dies zu erwähnen hielt sich der Verfasser für verbunden gegen diejenigen Leser, welchen seine Arbeit weniger um der theoretischen Behandlung gegebener Fälle, als um der Notizen willen angenehm sein sollte, die sie darinne über Präjudize des O.-A.-Grs. finden; denn solche Leser — nicht die erwünschtesten dem Verfasser — könnten sich leicht irre leiten lassen, und Rechtssätze, welche er in engerem oder weiterem Zusammenhange mit Fällen aufstellt, die wirklich zur Beurtheilung gekommen, als eine receptam opinionem betrachten. Obige Bemerkung diene ihnen

zur Warnung und belege zugleich, wie weit entfernt der Verfasser davon ist, Zweifel unangeregt zu lassen, welche gegen den Werth seiner theoretischen Betrachtungen durch den Vergleich mit den Ansichten bedeutender Autoritäten könnten erregt werden.

Da in der eben angegebenen Beziehung gegenwärtiger Aufsatz sehr nahe mit dem vorhergegangenen zusammenhängt, und er eine von der Praxis angenommene Auslegungsmaxime documentirt, deren Fortbestehen ganz unabhängig von den Modificationen ist, welche die Gesetzgebung früher oder später in den vaterländischen Pressverhältnissen herbeiführen kann, so ist auch das Interesse, welches der Practiker an gegenwärtiger Mittheilung nehmen wird, gar nicht auf die Dauer der jetzigen Pressverhältnisse eingeschränkt. So lange aber diese sich nicht ändern, ist das jetzt mitzutheilende Präjudiz ohnstreitig von ausgezeichneter Wichtigkeit auch in der speciellen Beziehung auf Büchercensur und Buchhandel.

Für diejenigen seiner Leser, welche, obschon nicht unmittelbar bei unsern vaterländischen Institutionen betheiliget, dennoch gegenwärtige Mittheilung um ihres Gegenstandes willen beachtenswerth finden könnten, folgende historische Prämissen.

1) Nach dem Mandate vom 10. August 1812 autorisirte die erfolgte Censur einer für den Druck bestimmten Schrift nicht nur zu dem Abdrucke derselben, sondern es war damit auch die Zuständigkeit ausgesprochen, dieselbe in den Buchhandel zu bringen.

2) Die Verfassungsurkunde schreibt §. 31. vor: „Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum oder sonstige Rechte und Gerechtigkeiten zu Staatszwecken abzutreten, als in den gesetzlich bestimmten, oder durch dringende Nothwendigkeit gebotenen, von der obersten Staatsbehörde zu bestimmenden Fällen und gegen Entschädigung, welche ohne Anstand ermittelt und gewährt werden soll. Entsteht ein Streit über die Summe der

Entschädigung, und der Eigenthümer oder der Berechtigte will sich bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, so bleibt ihm unbenommen, die Sache im ordentlichen Rechtswege zur Erledigung zu bringen; es ist aber einstweilen die Abtretung zu bewirken und die von jener Behörde festgesetzte Summe ohne Verzug zu bezahlen.“

3) Die Verordnung vom 13. Octbr. 1836, nach welcher (§. 4.) ohne vorher erfolgte Genehmigung des Druckes nichts gedruckt oder verlegt werden darf, ordnet an, dass nach vollendetem Drucke das Censurcollegium dem Drucker einen Censurschein respective auch Verlagsschein zur Aushändigung an den Verleger, oder an den, mit welchem jener wegen des Druckes contrahirt hat, zu ertheilen habe (§. 32.) und dass nicht eher, als nach Aushändigung des Censurscheines der Drucker dem Verleger oder sonst jemandem Exemplare der gedruckten Schrift verabfolgen und der Verleger sie versenden oder vertreiben dürfe (§. 37.). Für den Fall, dass der Censur- und Verlagsschein nicht ertheilt und eine mit Censur gedruckte Schrift als anstössig unterdrückt wird, soll dem Verleger der ihm dadurch erwachsene Schaden nach dem Betrage der von ihm aufgewendeten Kosten aus der Staatskasse ersetzt, aber in keinem Falle ein Ersatz des an den Verfasser gezahlten Honorars geleistet werden (§. 53.).

4) Mittelst Decretes vom 3. Januar 1840 ist von der Staatsregierung der Entwurf eines die Angelegenheiten der Presse und des Buchhandels betreffenden Gesetzes an die Ständeversammlung gelangt, und öffentlich in den Motiven zu diesem Entwurfe (ad §. 23., 25. und 26. Landtagsacten von 1839 — 1840 Abth. 1. Bd. 1. S. 590.) erklärt worden, dass durch die Verordnung vom 13. October 1836 einstweilen der Grundsatz aufgestellt worden sei, nach welchem auf dem Verwaltungs-

wege und mit dem stillschweigenden Vorbehalte der Ausführung eines Mehreren auf dem Rechtswege die zu leistende Vergütigung normirt und gewährt werden solle.

Eine weiter hier einschlagende Stelle aus den Verhandlungen des jüngsten Landtages findet sich in der Beilage sub J.

Unter diesen theils publicistischen theils presspolizeilichen Verhältnissen gedieh zur Entscheidung in dritter Instanz folgender Fall:

Mit Genehmigung des Censors hatte eine Verlagsbuchhandlung eine Schrift drucken lassen, sie jedoch ihres anstössigen Inhaltes wegen nicht verlegen dürfen.

Das Erbieten des Fiscus, die Druckkosten zu erstatten, genügte dem Inhaber der Handlung nicht, welcher in einer gegen den Fiscus erhobenen Klage als Entschädigung den Ladenpreis der gesammten Auflage, unter Abrechnung des Rabat an $33\frac{1}{3}$ Procent forderte, indem er behauptete, das damnum emergens sei ihm in vollem Umfange, also nicht blos die Druckkosten, sondern auch das vergeblich aufgewendete Honorar des Verfassers und überdies das lucrum cessans, derjenige Gewinn zu vergüten, welchen ihm der Vertrieb der Auflage würde gebracht haben, und nach Abzug der $33\frac{1}{3}$ Procent sei der Ladenpreis die Summe, welche mit Einschluss der auf Herstellung des Werkes gewendeten Kosten der Vertrieb desselben würde gebracht haben. Nachdem des Klägers Suchen, insoweit dasselbe die Erstattung eines Mehreren als der Druckkosten beabsichtigte, in der angebrachten Maasse war abgewiesen worden, sprach das Ober-App.-Gericht, gestützt auf die in der Beilage unter J. enthaltenen Entscheidungsgründe und in Folge von den Partheien eingewendeter Appellationen folgendes aus:

1) Wenn wegen des wirklich anstössigen Inhaltes eines von dem Censor genehmigten Verlagsartikels derselbe unterdrückt wird, so sind nicht nur die

Druckkosten, sondern es ist auch das Honorar des Verfassers aus der Staatskasse zu ersetzen, und nicht steht dem darauf gerichteten Anspruche die Verordnung vom 13. Octbr. 1836 entgegen.

2) Unter den zu ersetzenden Druckkosten ist begriffen, nicht nur was der Drucker für Satz, Druck und Papier erhalten hat, sondern auch jede Nebenausgabe, welche der Druck nöthig macht (z. B. das Honorar des Correctors)

3) Nicht zu ersetzen ist das lucrum cessans, der Gewinn, welchen dem Verleger der Schrift der Vertrieb gebracht haben würde.

Demzufolge wurde die Klage schlechterdings abgewiesen in Betreff des cessirenden lucrum, wogegen man, das Honorar anlangend, die Abweisung in der angebrachten Maasse um desswillen aufrecht erhielt, weil der Betrag desselben nicht besonders quantificirt, sondern der Ladenpreis war gefordert worden, als Inbegriff des vergeblichen Aufwandes an Druckkosten und Schriftstellerhonorar und zugleich auch des cessirenden Gewinnes.

Von selbst leuchtet ein, dass die in solcher Maasse und aus jenem Grunde erfolgte Abweisung der Klage den oben aufgestellten Sätzen nichts an ihrer Qualität als von der Praxis angenommener Rechtswahrheiten entzogen hat.

Die Entscheidungsgründe — m. s. wie schon gedacht, sie in der Beilage unter I. — reduciren sich im Wesentlichen auf folgende Ansicht:

Nach allgemeinen Rechtsprincipien — und in dieser Beziehung wird wohl niemand mit gewissenhafter juristischer Selbstüberzeugung widersprechen — kann der Verlagsbuchhändler nicht das lucrum cessans, wohl aber das damnum emergens fordern, das, wie sich von selbst versteht, nicht nur in den vergeblich aufgewendeten Druckkosten, sondern auch in dem eben so vergeblich

aufgewendeten Honorare des Schriftstellers besteht; und der Anwendung jener allgemeinen Rechtsprincipien steht nicht die Verordnung vom 13. Octbr. 1836 entgegen, denn aus den Landtagsacten ersehen wir, dass dieselbe eine Norm für die Verwaltung, eine Bestimmung desjenigen ist, was sich auf dem Verwaltungswege erlangen lässt, keinesweges aber über dasjenige entscheiden soll, was auf dem Justizwege darf gefordert werden und in diesem die richterliche Ueberzeugung zuzusprechen befugt ist.

Der Verfasser erlaubt sich hierüber folgende Bemerkungen:

So gewiss dasjenige Publicum, dem es nur auf das Resultat für einen concreten Fall anzukommen pflegt, mit dem in der mitgetheilten Entscheidung vorliegenden Resultate höchlich einverstanden sein wird, so fest überzeugt ist der Verfasser davon, dass gewichtige Gründe der Maxime sich entgegenstellen lassen, welche der Entscheidung zu Grunde liegen. Man könnte sagen, insoweit die Verordnung vom 13. Octbr. 1836 einem im gemeinen Recht begründeten Entschädigungsanspruch aufhebe, wäre ein verfassungsmässig erlassenes, darum auch im Justizwege zu befolgendes Gesetz nöthig gewesen. Hierzu reiche nicht eine blos von einer höchsten Verwaltungsbehörde dem Ministerium des Innern erlassene Verordnung aus. Jedoch diese Ansicht wäre unverkennbar falsch, wie sie denn auch nicht in den Entscheidungsgründen ist ausgesprochen worden. Die Justizbehörde ist nicht competent zu untersuchen, ob eine durch das Gesetzblatt bekannt gemachte und darum dem Richter als Gesetz vorliegende Verordnung einer Verwaltungsbehörde, weiter gehe als der durch die Verfassung regulirte Ressort der Behörde. Entsteht hierüber Zweifel, so hat dies die Staatsregierung mit den Ständen auszumachen. Bis dahin besteht die Verordnung ihrem ganzen Inhalte nach als Gesetz und ist dadurch jemand der Verfassungsurkunde zuwider in seinen Rechten beeinträchtiget worden,

so kann ihm zwar das Recht nicht versagt werden, vom Staatsfiscus Entschädigung zu verlangen, allein hierüber lässt sich nicht eher urtheilen, als bis durch jene Verhandlungen die Vorfrage entschieden ist: ob eine Ueberschreitung des Ressortverhältnisses Statt gefunden habe. Denn der Umfang der Entschädigung richtet sich nothwendig nach dem Umfange jener Ueberschreitung.

Was den eigentlichen, den aus den Landtagsacten gegen die Anwendbarkeit der Verordnung auf Verhandlungen im Justizwege entnommenen Entscheidungsgrund betrifft, so tritt das Bedenken ein, dass das, was von der Staatsregierung in den Motiven zu dem Entwurfe eines neuen Pressgesetzes den Ständen gegenüber erklärt worden ist, bei Entscheidung über Ansprüche im Rechtswege nicht füglich zum Grunde zu legen sein möchte. Der §. 53. der Verordnung, der so zu nehmen ist, wie er promulgirt worden, unterscheidet nicht zwischen dem Rechts- und Verwaltungswege und sollte seine Kraft blos auf den letzteren eingeschränkt werden, so musste solches durch eine förmliche Vorschrift, ob durch Verordnung oder durch Gesetz mag unentschieden bleiben, öffentlich bekannt gemacht werden. Dass die Landtagsacten gedruckt werden, also zu jedermanns Einsicht gelangen können, macht darum keinen Unterschied, weil es eines jeden Willkühr überlassen ist, von dem Inhalte der Landtagsacten Kenntniss zu nehmen, wohingegen von Gesetzen und Verordnungen ein jeder sich zu unterrichten verpflichtet ist. Selbst als Erläuterung des §. 53. lässt sich die oberwähnte Erklärung der Staatsregierung nicht füglich betrachten, vielmehr ist sie, inwieweit sie die Erstattung des Honorars betrifft, eine wirkliche Aufhebung jenes §s, der so allgemein gefasst ist, dass er sowohl den Verwaltungs- als den Rechtsweg in sich begreift. Zudem ist nicht wohl abzusehn, was durch die Beschränkung des §. 53. auf dem Verwaltungswege würde gewonnen worden sein, wenn man nämlich annehmen wollte, es sei schon bei Erlassung der Verordnung die Absicht auf eine solche

Beschränkung gerichtet gewesen, da niemand sich beigehen lassen wird, auf den ihm entzogenen Verwaltungswege zu suchen, was er auf dem Justizwege erlangen kann.

I.

Die Schlussbitte der auf den 31. §. der Verfassungsurkunde basirten Klage ist auf Erstattung des mit 555 Thlr. 13 Gr. 4 Pf. berechneten Buchhändlerpreises für die ganze Auflage der in der Klage erwähnten Schrift gerichtet, darunter aber der Aufwand für den Druck nebst den dadurch verursachten Ausgaben, das Honorar des Verfassers und der Gewinn, den Kläger durch den Verkauf von den gedruckten Exemplaren hätte erzielen können, mit begriffen. Angenommen auch, dass überhaupt der §. 31. der Verfassungsurkunde auf vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, so würde es schon an sich Rechtens sein, dass Kläger den vollen Schadenersatz in dem Falle fordern könnte, wenn und insoweit er durch einen öffentlichen Beamten, dessen Amtshandlungen der Staat zu vertreten hat, an seinem Eigenthume verletzt worden, oder wenn er nachzuweisen vermöchte, dass ihm von der Verwaltungsbehörde durch Ueberschreitung ihrer Amtsgewalt eine Verletzung seines Eigenthumes zugefügt worden wäre. Dieser letztere Fall ist nicht vorhanden, indem Kläger die Unterdrückung der Schrift nicht als widerrechtlich bestreitet, solche vielmehr dadurch, dass er seinen Anspruch auf Erstattung der vollen Entschädigung richtet und durch Beziehung auf §. 31. der Verfassungsurkunde als begründet anerkennt. Es reducirt sich demnach alles auf die Frage, worinne der Schaden bestehe, der demjenigen erwachsen ist, der sein Eigenthum durch eine von der Verwaltungsbehörde rechtmässiger Weise angeordnete Maasregel verloren hat. Wie bereits bemerkt worden, so besteht er hier zunächst in den Druckkosten, welche nicht aufgewendet worden wären, wenn gleich anfangs die Behörde die Censur verweigert hätte. Ueber diese Kosten, worunter aller Aufwand begriffen ist, der bei Gelegenheit des Druckes nothwendig hat

gemacht werden müssen, waltet kein Streit vor, da Beklagter sich zu deren Ersatze bereits erboten hat. Ferner begreift Kläger unter dem Schaden, dessen Ersatz er unter dem mit Abzug von $33\frac{1}{3}$ Procent berechneten Ladenpreise verlangt, das dem Verfasser gezahlte oder noch zu gewährende Honorar und diesen Anspruch will Beklagter schlechterdings verworfen wissen, indem er sich deshalb auf §. 53. der Presspolizeiverordnung vom 13. Octbr. 1836 (im Gesetz- und Verordnungsblatte Stück 20. Num. 67. S. 287.) beruft, als worinne ausgesprochen ist, dass, wenn eine mit Censur gedruckte anstössige Schrift unterdrückt werde, dem Verleger der dadurch erwachsende Schaden nach dem Betrage der von ihm aufgewendeten Kosten aus der Staatskasse ersetzt, ein Ersatz des an den Verfasser gezahlten Honorars aber in keinem Falle geleistet werden solle. Einer Erörterung der Frage, ob im Justizwege derjenige Punkt der Verordnung, welcher den Ersatz des Honorars in dem gegebenen Falle betrifft, zur Anwendung zu bringen sei, bedarf es hier darum nicht, weil von Seiten der Staatsregierung in den Motiven zu dem Entwurfe eines die Angelegenheiten der Presse und des Buchhandels betreffenden Gesetzes, welcher mittelst allerhöchsten Decrets vom 3. Januar 1840 an die Ständeversammlung gelangt ist, und zwar ad §. 23., 25., 26. (Landtagsacten von 1839, 1840, Abth. I. Bd. 1. S. 590.) öffentlich erklärt worden ist, dass durch die Verordnung vom 13. Octbr. 1836 einstweilen der Grundsatz aufgestellt worden sei, nach welchem auf dem Verwaltungswege und mit dem stillschweigenden Vorbehalte der Ausführung eines mehreren auf dem Rechtswege die zu leistende Vergütung normirt und gewährt werden solle.

Hieraus folgt, dass man die in §. 53. enthaltene Ausschliessung des Anspruchs auf Erstattung des Honorars nur auf den Fall, wenn die Entschädigung auf dem Verwaltungswege gesucht wird, zu beschränken die Absicht gehabt, dahingegen für den Justizweg alles offen gelassen hat. Da nun nach gemeinrechtlichen Grundsätzen die vergebliche Aufwendung des Honorars einen Theil des Schadens mit in sich fasst, und die Staatsregierung den von ihr angestellten Censor, welcher die Erlaubniss zum Druck ertheilt hat, vertreten muss, so

ergiebt sich von selbst, das Klägers Suchen, inwiefern es das Honorar mit in sich begreift, keinesweges als schlechterdings unstatthaft zurückgewiesen werden kann. Anders ist es dagegen um das lucrum cessans bewandt, als welches den dritten Bestandtheil der libellirten Entschädigung ausmacht und unter dem Buchhändlerpreise mit begriffen ist, weil nicht behauptet werden mag, dass Kläger schon durch das von dem Censor ertheilte Imprimatur ein jus quaesitum auf den aus dem Verkaufe der Schrift zu erlangenden Gewinn, vor deren Unterdrückung erlangt gehabt habe. In der Verordnung vom 13. Octbr. 1836 ist nämlich vorgeschrieben, dass in Sachsen ohne vorherige Genehmigung des Druckes nichts gedruckt oder verlegt werden dürfe (§. 4.), dass nach vollendetem Drucke das Censurcollegium dem Drucker einen Censurschein respective auch Verlagsschein zur Aushändigung an den Verleger oder den, mit welchem er wegen des Druckes contrahirt hat, zu ertheilen habe (§. 32.), endlich, dass erst nach Aushändigung des Censurscheins der Drucker dem Verleger oder sonst jemandem Exemplare der gedruckten Schrift verabfolgen und der Verleger sie versenden oder vertreiben dürfe (§. 37.). Besteht diese Verordnung noch jetzt in Kraft, was jedoch Kläger bestreitet, so leidet es gar keinen Zweifel, dass die Erlaubniss zum Druck noch nicht, wie es sonst nach dem Mandate vom 10. August 1812 der Fall war, die Erlaubniss zum Vertriebe einer Schrift in sich fasst und ein Verleger sich der Ungewissheit aussetzt, ob ihm das Censurcollegium den letzteren gestatten oder verweigern werde; er erlangt durch das Imprimatur nur eine Hoffnung auf einen durch den Verkauf zu erzielenden Gewinn, kann aber, wenn sie durch regelmässige Handhabung der Presspolizei von der Behörde durch Verweigerung des Vertriebs vereitelt wird, eben so wenig von einem ihm entgangenen Gewinne, worauf er schon ein jus quaesitum erworben gehabt, sprechen, als den Staatsfiscus wegen der von der Behörde erklärten Verweigerung, auf dessen Erstattung belangen, vielmehr hat er die mit der Unternehmung des Drucks verbundene Gefahr selbst zu tragen. Dass aber jene Verordnung, die hierunter keinen Rechtspunkt, sondern lediglich eine Bestimmung von Maasregeln, nach welchen die Censuran-

gelegenheiten gehandhabt werden sollten, betrifft, auch im Justizwesen zu beachten sei, folgt aus der Natur der Verwaltung von selbst, und dass sie bis zu Erlassung eines neuen Pressgesetzes in diesem Punkte in voller Kraft besteht, geht aus den Verhandlungen der Staatsregierung mit der Ständeversammlung klar hervor. Denn in dem höchsten Decrete vom 27. Februar 1837 (Landtagsacten, Abth. I. Bd. 2. S. 77.) wurde die Verordnung vom 13. Octbr. 1836 nicht zurückgenommen, sondern als Grund der Erlassung derselben der Uebergang der Censurangelegenheiten auf das mit der Presspolizei beauftragte Ministerium des Innern angegeben und dabei die Zusicherung ertheilt, man werde die nöthigen Nachträge und Erläuterungen zu der Verordnung nach einiger Zeit zusammenstellen und durch das Gesetzblatt bekannt machen lassen, auch einen neuen Gesetzentwurf der Ständeversammlung vorlegen. Die Hinweisung auf Nachträge und Erläuterungen, die erst noch gegeben werden sollen, schliesst das Fortbestehen der Verordnung in sich und in der Schrift vom 29. November 1837 (Landtagsacten, Abth. I. Bd. 3. S. 322.) erklärten die Stände: Zwar wären ihnen in Folge der (auf Sistirung und gänzliche Zurücknahme der Verordnung gerichteten) Petition zweier Abgeordneten mehrfache Bedenken gegen die Verordnung beigegangen, nichts desto weniger hätten sie Beruhigung gefasst auf dem Grunde, der in dem Decrete vom 27. Februar 1837 ertheilten Zusicherung, dass auch in dem Falle, wenn bis zum nächsten Landtage die Bearbeitung eines vollständigen Pressgesetzes nach einem veränderten Hauptprincipe nicht thunlich sein sollte, die bereits bemerkten und die etwa sonst bis dahin wahrzunehmenden Lücken, Mängel und Unzweckmässigkeiten in den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen über die Angelegenheiten der Presse durch einen der nächsten Ständeversammlung vorzulegenden Gesetzentwurf unter Benutzung der bis dahin zu machenden Erfahrungen beseitigt werden sollten, und in der zuversichtlichen Erwartung, dass Sr. Königl. Majestät die auf Modificirung einiger Bestimmungen jener Verordnung gerichteten (in einer Beilage auseinandergesetzten) Anträge gewähren würden. Befand sich nun auch darunter sub III. 5. dieser, dass im §. 53. der Verordnung statt der Worte: „die Unterdrückung

wird — geleistet“ diese „es ist aber solchenfalls der Verleger zu entschädigen und nach Maassgabe §. 31. der Verfassungsurkunde zu verfahren“ gesetzt werden möchten (ebendaselbst S. 323.) als worunter auch das lucrum cessans mit begriffeu ist, so ist doch zur Zeit dieser Vorschlag noch nicht zum Gesetz erhoben, vielmehr in dem mittelst höchsten Decrets vom 7. Januar 1840 der Ständeversammlung mitgetheilten neuen Gesetzentwurfe mannichfach modificirt worden. Wenn nun Staatsregierung und Stände darüber einverstanden sind, dass es bis zu Erlassung eines neuen Censur- und Pressgesetzes bei der Verordnung vom 13. Octbr. 1836 bewenden solle, so muss auch alles das, was in dieser wegen des zum Vertriebe einer Druckschrift ausser dem Imprimatur erforderlichen Censurscheines vorgeschrieben worden, als noch geltend angesehen und auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Kläger führt aber in der Klage selbst an, dass ihm zwar das Imprimatur ertheilt, der Censurschein jedoch verweigert worden; durch ersteres allein hat er noch kein Recht zum Vertriebe erlangt, er kann daher auch keinen Anspruch auf das lucrum cessans machen, vielmehr war sein Suchen, insoweit es hierauf geht, per reformatoriam schlechterdings abzuweisen. Schon aus demjenigen, was bisher auseinandergesetzt worden, geht hervor, dass Klägers auf Vergütung des Buchhändlerpreises für die ganze Auflage an 2500 Exemplaren gerichtetes Suchen in der angebrachten Maasse nicht bestehen kann, weil Druckkosten, Honorar und entgangener Gewinn, welches alles unter jenem Preise enthalten ist, nicht gesondert sind. Denn da der Gewinn nicht gefordert werden kann, so bleibt das Suchen nur wegen der Druckkosten und des Honorars an sich zulässig, allein es bedurfte nun auch einer speciellen Angabe des Betrages derselben, indem man nicht beurtheilen kann, wieviel auf Druckkosten und Honorar gerechnet ist, ohne diese aber weder eine Einlassung noch die Fassung eines Eides bewirkt werden kann. Dass übrigens unter den Druckkosten nicht bloss das, was der Buchdrucker für Satz, Druck und Papier erhalten hat, sondern auch die Nebenausgaben, die der Druck nothwendig gemacht hat, zu versteheu sind, dies

ist bereits oben erwähnt worden und folgt aus dem Satze, dass, wenn wegen des vergeblich gewordenen Drucks Entschädigung überhaupt zu leisten ist, aller Aufwand mit ersetzt werden muss, ohne welchen die Veranstaltung des Druckes nicht hätte möglich gemacht werden können.

X.

Beitrag zur Berichtigung der Theorie von der heutigen Anwendung der legis Aquiliae.

Haterius, der Besitzer eines Elbschiffes hatte dasselbe nebst dazu gehörigem Geräthe auf eine gewisse Zeit zu 2100 Thlr. und zu 1000 Thlr. die jedesmalige darauf befindliche Getreideladung, bei einer Feuerassecuranzgesellschaft versichert. Darauf, in einer Nacht, gerieth während des Laufes der Versicherungszeit das Schiff in Brand, und wurde bis auf einen Ueberrest von geringem Werthe verzehrt. Die Assecuranzanstalt fasste gegen Haterius den Verdacht, dass das Fahrzeug absichtlich angezündet worden sei, um auf solche Weise die für Schiff und Ladung zusammen 3100 Thlr. betragende Assecuration zu erlangen. Da jedoch hierüber sich nichts constatiren liess, erhielt Haterius vergleichsweise eine um 800 Thlr. geringere Summe, nämlich 2300 Thlr. ausgezahlt, und zwar, ohne dass dabei ausgesprochen wurde, wieviel davon auf das Schiff und wieviel davon auf die Ladung sollte gerechnet sein. Späterhin ergaben sich aber Momente, wodurch Haterius der Brandstiftung so verdächtig wurde, dass deshalb eine Criminaluntersuchung gegen ihn eingeleitet wurde, welche jenen Verdacht bestätigte. Haterius gestand, er habe das Schiff anzünden lassen, um die Assecurationssumme zu erlangen. Die Personen, die sich dazu hatten gebrauchen lassen, waren Marcus, ein Anverwandter desselben, Manutius ein Schiffsmann und Gellius, der Steuermann des Schiffes, welche Personen ebenfalls zur Untersuchung gezogen wurden.

Hierauf nahm die Assecuranzgesellschaft den Gellius auf Grund seiner Theilnahme an dem Verbrechen, wegen dessen er in der Untersuchungssache zu einjähriger Zuchthausstrafe war verurtheilt worden, solidarisch in Anspruch und forderte, dass derselbe die bemerkten 2300 Thlr. nebst von dem Tage der an Haterius erfolgten Zahlung an zu berechnenden Verzugszinsen bezahlen solle, insoweit ihn nicht hiervon von einem oder dem andern der Mitschuldigen geleistete Zahlung befreien möchte.

Ueber die Art und Weise, auf welche Gellius bei der Brandstiftung thätig gewesen, wurde unter Bezugnahme auf die Untersuchungsacten, durch die das Vorbringen sich bestätigte, in der Klage angeführt:

Er habe gewusst Haterius wolle, um die Assecuration zu erlangen, den Kahn abbrennen, denn H. habe ihn, den Beklagten aufgefordert gehabt, dieser möge den Kahn anzünden;

Beklagter habe einige Tage vor der Brandstiftung die in Weizen bestehende Ladung des Schiffes ausladen helfen, am Abende vor der Nacht des Brandes sich an einer Stelle des Ufers, in der Gegend, wo der Kahn gelegen, mit Marcus und Manutius getroffen, und ersterem auf Haterius Geheiss aufgetragen, ein Loch in den Kahn zu hauen, dann aber, damit ihn, den Steuermann, kein Verdacht träfe, sich wieder entfernt, dies jedoch nicht ohne vorher das Holz und Stroh, das um den Kahn damit anzuzünden vorher auf denselben sei gebracht gewesen, in Augenschein genommen und dem Manutius befohlen zu haben, ordentlich anzubrennen, wie denn auch Beklagter, auf des Manutius Aeusserung, es wären ihm von Haterius 10 Thlr. zugesagt worden, versprochen habe, dafür sorgen zu wollen, dass Manutius von Haterius 25 Thlr. erhielte;

am Tage nach dem Brande sei Beklagter zu dem nächsten Agenten der Anstalt gegangen und habe hier in des Haterius Auftrage den Brand angezeigt, hierauf auch, gerichtlich abgehört, den mitverbrannten Weizen zu 400 Schfl. angegeben, obschon, wie Beklagter spä-

terhin gestanden, sich nur 40 — 50 Schfl. auf dem Schiffe befunden hätten.

Beklagter wendete ein, das Vorbringen sei nicht schlüssig; nur in Gemeinschaft mit den übrigen Mitschuldigen und also nur antheilig könne er zum Schadenersatze verbunden sein, wenn er nicht überhaupt blos subsidiarisch gehalten sei, da er nicht unmittelbar das Verbrechen vollbringen geholfen, sondern sich nur einer unterstützenden Theilnahme schuldig gemacht habe; ja es träfe ihn überhaupt gar keine Verbindlichkeit, denn den Vergleich mit Haterius abzuschliessen und an denselben 2300 Thlr. zu bezahlen sei die klagende Gesellschaft nicht durch seine Angaben, sondern durch die Aussagen andrer von ihr beantragtermaassen abgehörter Zeugen bestimmt worden; ihn, den Beklagten, habe die Gesellschaft bis zur Zahlung an Haterius als verdächtig und unglaubwürdig betrachtet. Seine Eingeständnisse beschränkten sich darauf, dass Haterius ihn aufgefordert den Kahn abzubrennen, er einige Tage vor der Brandstiftung das Schiff mit ausladen geholfen, am Abende vor der Brandstiftung sich mit Marcus und Manutius libellirter Maassen getroffen, jenen auf Haterius Geheiss ein Loch in den Kahn zu hauen befohlen, dann sich entfernt, nachdem er den Manutius das gedachte Versprechen gethan, und dass er am Tage nach dem Brande denselben bei der Agentur angezeigt. Hinsichtlich der falschen Aussage über den mitverbrannten Weizen, behauptete er die Quantität von 400 Schfl. nicht für bestimmte Wahrheit, sondern nur für „sein Dafürhalten“ ausgegeben zu haben, erklärte aber später und weil er selbst die Scheffelzahl nicht gewusst, ausgesagt zu haben: seiner Ansicht nach wären auf dem Kahne 40 — 50 Schfl. befindlich gewesen.

Ein Urthel der Juristenfacultät zu Leipzig wies die Klage in der angebrachten Maasse ab. M. s. die Beilage unter K.

Die anderweiten Entscheidungsgründe durch welche in zweiter Instanz auf Klägers Appellation das Urthel

der ersten aufrecht erhalten wurde, s. m. in der Beilage unter L.

Hier sind folgende Ansichten genommen:

1) Eine Klage auf Entschädigung des durch ein Verbrechen Jemandem zugezogenen Verlustes setzt jederzeit voraus, dass der Schade eine natürliche Folge des Verlustes ist.

Wie passt dies zu l. 11. §. 3. ad l. Aquiliam? (9. 2.) Celsus scribit: si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri, quasi occiderit sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, sed posteriorem teneri quasi occiderit. Quod et Marcello videtur et est probabilius.

Hier würde der Schade die natürliche Wirkung des Verbrechens, des exanimare sein, wenn nicht ein andrer schon tödtlich verwundet hätte, so aber ist dasselbe eine keinen Verlust erzeugende Handlung und dennoch muss Ersatz geleistet werden. Aus dem offenbar zu engem Grundsatze wird die Folgerung abgeleitet, die Mitwirkung bei einem Verbrehen müsse den Schaden unmittelbar hevorgebracht haben, oder doch die Vollendung des verletzenden Verbrechens mit herbeigeführt haben. Nach dem ersten Satze wäre nicht zum Ersatze verbunden, wer blos einem andern befohlen hat das Haus eines Dritten anzuzünden, und da von einem solchen auctor incendii sich nicht sagen lässt, dass er die Vollendung der Brandstiftung mit herbeiführe, so müsste er frei ausgehen; auch hat in dem eben gegebenen Beispiele der exanimans das verletzende, d. h. im Sinne des Urthels, das beschädigende Verbrechen nicht mit herbeigeführt, sondern ganz allein der tödtlich Verwundende hat das beschädigende Verbrechen vollbracht, und doch ist jener gehalten. Nachdem man die Unsicherheit der ersten Prämissen des Urthels und dabei zugleich gezeigt hat, wie wenig dasselbe zu den Grundsätzen stimme, welche die röm. Praxis bei Beschädigungen und darauf beruhenden Verbindlichkeiten zum Schadenersatze befolgte,

so würde es nicht fördernd für die wissenschaftliche Jurisprudenz sein, sich mit weiteren Erörterungen der in der gedachten Beilage enthaltenen Entscheidungsgründe zu befassen.

Aus welchen Gründen man auch in einem Urthel der letzten Instanz sich dafür entschieden, dass zu Begründung der Klage nothwendig Causalität zwischen Verbrechen und Schaden stattfinden müsse, besagt die Beilage unter M. Auf des Klägers wiederholte Appellation gedieh die Sache zur Cognition des O.-A.-Grs., und hier wurde in Gemässheit folgender Berechnung entschieden: Zweitausend Dreihundert Thlr. — sagte man — werden gefordert; diese sind vergleichsweise für die Assecuranzsumme des Kahns und die der Ladung gegeben worden, distribuirt man die 2300 Thlr. in zwei Summen, die sich gegenseitig verhalten wie 2100 Thlr. das Versicherungsquantum des Kahnes, sich zu 1000 Thlr. der Versicherungssumme der Ladung verhält, so kommen auf erstere 1558 Thlr. 1 Gr. $6\frac{18}{31}$ Pf. Diese muss der Beklagte nebst Zinsen des Verzuges von Zeit angestellter Klage an bezahlen, dahingegen, was das übrige betrifft, die Klage in der angebrachten Maasse abgewiesen bleibt.

Die Gründe also zu entscheiden, sehe man in der Beilage unter M., wobei man in factischer Beziehung nur noch zu bemerken hat, dass das Urthel dritter Instanz nach vorher genommener Einsicht der Criminalacten ist gesprochen worden.

Nachstehend die Gründe, aus denen auf eine von dem Beklagten eingewendete Appellation man mit den in der Beilage unter M. entwickelten Ansichten sich nicht hat einverstanden erklären können, jedoch die Entscheidung zu bestätigen sich bewogen gefunden hat.

„Im Allgemeinen sind die in der Sache bisher gesprochenen Urthel einverstanden, es sei die auf dem Aquilischen Gesetze beruhende Klage keine Pönalklage mehr, darum könne der Beschädigte nur den wirklichen Werth fordern, um den ihn das beschädi-

gende Verbrechen gebracht hat, darum müsse zwischen Verbrechen und Schaden ein Causalnexus statt finden, wenn ersteres ersatzpflichtig machen solle, woraus denn folge, dass in Fällen, wo die Thätigkeit mehrerer Personen bei einem und demselben Verbrechen in unterschiedenen Formen zusammentreffe, zwar alle strafbar seien, ohne darum alle nothwendig ersatzpflichtig geworden zu sein; denn es träte die Möglichkeit ein" (das Beispiel dazu giebt, was Beklagter verbrochen) „dass die Theilnahme des einen in einer Modalität statt gefunden, in Hinsicht auf welche der Causalnexus zwischen dem, was er verbrochen und dem Schaden, den das Verbrechen stiftet, geleugnet oder doch bestritten werden könne."

Die Differenz in den Urtheln, welche vor dem jetzt abgefassten sind gesprochen worden, besteht darinne, dass die Urthel erster und zweiter Instanz in dem Thatsächlichen keinen ausreichenden Grund gefunden haben, zwischen dem Schaden und des Beklagten persönlicher Theilnahme an dem Verbrechen jenen Causalnexus zu statuiren, das Urthel der dritten Instanz hingegen die Causalität zwischen dem Schaden und des Beklagten Mitschuld für entschieden ansieht. Nochmalige Prüfung des Rechtssatzes, durch dessen verschiedene Anwendung die Verschiedenheit in den früheren Erkenntnissen ist motivirt worden, hat zu der Ueberzeugung geführt, man habe denselben zwar aufzugeben, jedoch es werde durch den ihm zu substituirenden richtigeren, die Bestätigung des dem jetzt gesprochenen vorhergehenden Urthels bedingt.

Wahr ist es, der sogenannte usus modernus hat den Character der Aquilischen Klage geändert, dies jedoch nur insoweit, als es nöthig wurde, nachdem von der öffentlichen Gewalt auch die röm. Privatdelicte bestraft werden und also neben der von dem Staate zu verhängenden Ahndung nicht auch noch der verletzte Private eine Geldstrafe, d. h. den Betrag des erlitte-

nen Schadens und ein Uebermaass desselben eintreiben darf. Daraus folgt: auf die vera rei aestimatio ist zu beschränken, was der Verletzte zu fordern das Recht hat; die praestatio quanti in eo anno res plurimi oder in diebus XXX. proximis fuit — l. 2. pr. l. 25. §. 5. l. 51. §. 2. ff. ad legem Aquiliam (9. 2.) — ist antiquirt; nicht kann, nachdem die vera rei aestimatio von einem der Mitschuldigen geleistet worden, ebensoviel, oder überhaupt irgend etwas noch von dem andern der Mitschuldigen gefordert werden; — m. s. l. 11. §. 3. eod. — das lis inficiando crescit fällt auch bei der actio ex lege Aquilia hinweg. M. s. Heineccii doctrina Pandectarum §. CXCIV. Somit ist es allerdings ganz wahr, die actio e lege Aquilia hat aufgehört eine Pönalklage zu sein. Nicht ergiebt sich aber hieraus eine Folgerung, und eben so wenig vertritt die Stelle einer solchen Folgerung ein entschiedener Gerichtsbrauch, wonach die unterschiedenen Fragmenten des angezogenen Titels zu Grunde liegende Maxime aufgehoben wäre: wer seine verbrecherische Absicht hat thatsächlich in die Erscheinung treten lassen, ein Verbrechen begangen hat, der muss den Schaden ersetzen, den das Verbrechen gestiftet hat, wie schädlich oder unschädlich, was er für seine Person gethan, auch in dem concreten Falle um desswillen erscheine, weil andre das Verbrechen mit ihm verübt haben, und auch ohne ihn vollbracht hätten, oder weil seine Theilnahme nichts geschadet hat, da die Schädlichkeit des Actes schon vollendet war, als seine Theilnahme thatsächlich hinzutrat. M. s. l. 51. eod. Wendet man den Satz: die actio ex lege Aquilia hat aufgehört eine Pönalklage zu sein, so an, dass man nicht auf den Schaden sieht, den das Verbrechen herbeigeführt hat, sondern wenn mehrere desselben schuldig sind, auf dasjenige, was die specielle Theilnahme des einen oder des andern geschadet hat, so hebt man selbst bei gleicher Schädlichkeit in der Mitwirkung eines jeden Einzelnen, dennoch die Solidarität auf, als für welche ein andrer theoretischer Grund

nicht zu entdecken ist, als der, dass jedes Verbrechen schlechthin ersatzpflichtig macht, das in Hinsicht auf eine und die andre Person sich als abgeschlossene Thatsache darstellt, sollte auch nach des Criminalrichters Ansicht in Beziehung auf die Strafbarkeit verschiedene Beurtheilung statt finden, dem einen Mitschuldigen principale, dem andern nur accessorische Theilnahme zur Last fallen. Selbst die von manchen Rechtslehrern aufgestellte Behauptung: — m. s. Glück Erl. der Pandecten, Bd. 10. S. 386. not. 53. — es treffe den blossen Begünstiger keine Verbindlichkeit zum Schadenersatz, weil aus seiner widerrechtlichen Handlung kein Schaden entstanden, lässt sich nicht als Regel aufstellen, da jedenfalls der Begünstiger ein Mitwissender ist, und wer durch seine Wissenschaft, von einem beschlossenen Verbrechen in den Stand gesetzt war, es zu hindern e lege Aquilia gehalten ist. M. s. l. 43. §. 1. l. 44. pr. eod. l. 3. de noxal. act. (9. 4.) l. 50. de R. J. Es wird aber der Begünstiger, weil er vorher von dem Verbrechen unterrichtet war, auch in den meisten Fällen es zu hindern im Stande sein, wie denn namentlich in dem vorliegenden Falle ganz unverkennbar, wenn Beklagter, anstatt bei Ausübung des Verbrechens mitzuwirken, derselben widersprochen oder mit Anzeige gedroht hätte, zwar vielleicht später und unter andern Umständen Haterius und die übrigen Mitschuldigen dennoch die Brandstiftung unternommen haben könnten, jedenfalls aber die Brandstiftung nicht erfolgt wäre, aus der Beklagter jetzt in Anspruch genommen worden. Somit ist Beklagter sachfällig auch sogar dann, wenn man ihn blos als Begünstiger ansehen dürfte. Denn die Bedenklichkeiten, welche dagegen eintreten müssen, den Grundsatz: gewusst zu haben, es solle ein Verbrechen begangen werden und dennoch, obschon dazu die Möglichkeit verhanden war, es nicht gehindert zu haben, macht ersatzpflichtig, in unbeschränkter Allgemeinheit bei Anwendung der l. Aquilia gelten zu lassen, reduciren sich darauf, dass

auf solche Weise dem Staatsbürger eine gar nicht bestimmt ermessbare Verbindlichkeit aufgebürdet wird, im Interesse andrer versorgend und thätig zu sein, eine Rücksicht, auf welche der Begünstiger eines Verbrechens und also für seine Person ebenfalls ein Verbrecher, keinen Anspruch haben kann. Beklagtens, durch die nur angegebenen Gründe motivirter Verurtheilung liesse sich indessen noch folgender Einwand entgegen setzen: Man hat den Beklagten in eine Summe verurtheilt, die das Facit folgender Berechnung ist: gezahlt sind worden, hat man gesagt, an Haterius 2300 Thlr.; diese 2300 Thlr. sind das Vergleichsquantum, womit die Forderung von 2100 Thlr. Assecuranz des Kahnes und 1000 Thlr. Assecuranz der Ladung sollten getilgt werden. Hinsichtlich dessen, was die Assecuranz der Ladung hat decken sollen, trifft Beklagten keine Ersatzpflichtigkeit. Also sind die 2300 Thlr. in zwei Summen zu theilen, die sich zu einander verhalten, wie 2100 zu 1000 und in die den 2100 Thlrn. entsprechende Summe ist Beklagter zu verurtheilen. Wäre es wahr, dass Beklagten keine Ersatzverbindlichkeit träfe, insoweit in der Zahlung die Assecuranz der verbrannten Ladung obschon nicht vollständig mit berechnet worden, so hätte man ihn überhaupt in nichts verurtheilen können, denn nirgends liegt vor, dass das Vergleichsquantum vor der Zahlung in Gemässheit einer Distribution, wie die oben bemerkte ausgeworfen worden sei. Wie es einerseits möglich wäre, dass man von 2300 Thlrn. wohl 2100 Thlr. auf den Kahn gerechnet hätte, da hier das Verbrannte dem Objecte nach gewiss war, so wäre es andrerseits auch möglich, ja sogar wahrscheinlich, dass für den Kahn nicht das ganze Quantum hätte bezahlt werden sollen, da von diesem ein Ueberrest, zwar von geringem, aber doch von einigem Werthe geblieben ist. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, um zu überzeugen, dass man, ausgehend von der Ansicht nur für das, was hinsichtlich des Kahns ist gezahlt worden, trifft den Beklagten die Verbindlichkeit zum Ersatze, ihn in gar nichts verurtheilen konnte,

weil unter jener Voraussetzung es an den nöthigen Prämissen für Quantificirung der summa condemnationis fehlt. Demnach liesse sich die Frage aufwerfen, ob Beklagter nicht verlangen könne, in Conformität dessen beurtheilt zu werden, was man als Resultat gewinnt, sobald man consequent diejenigen Grundsätze anwendet, auf die das nächst vorhergehende Urthel wesentlich basirt ist. Dürfte Beklagter dies verlangen, so wäre die Klage in ihrem ganzen Umfange abzuweisen, weil, wie schon gedacht, führt man consequent die Ansicht durch: nur in Verhältniss der Assecuranz des Kahnes ist Beklagter ersatzpflichtig, es an einer ausreichenden Norm für die Quantificirung fehlt.

Dagegen ist Folgendes zu bemerken: Beklagter hätte in die vollen 2300 Thlr. sollen verurtheilt werden. Denn das Verbrechen, an dem er Theil genommen hat, besteht nicht blos in der Brandstiftung, sondern auch in dem Betruge, der damit der Klägerin gespielt wurde. Er wusste, dass, um diesen Zweck zu erreichen, das Feuer angelegt werde. Am 11. Jan. 1825, und also vor Zahlung des Vergleichsquantum, hat er zu Protokoll erklärt, 400 Schfl. Weizen wären verbrannt; und diese Angabe hat er bewirkt, obschon er von ihrer Unrichtigkeit überzeugt war. Somit ist es keinem Zweifel unterworfen, nicht blos Mitschuld an der Brandstiftung trifft ihn, sondern auch Mitschuld an dem Betruge; wie er denn selbst fol. eingestanden hat, „wegen Theilnahme an dem Betruge“ zu dessen Ausführung die Brandstiftung das Mittel sein sollte, zu einem Jahre Zuchthaus verurtheilt worden zu sein. Also auch für den Schaden, des in betrügerischer Absicht gestifteten Brandschadens ist er solidarisch zum Ersatze gehalten; dieser Schade aber besteht darinne, dass Klägerin die libellirte Zahlung geleistet hat. Dass Klägerin hinsichtlich der Ladung Ersatz zu fordern kein Recht habe, hätte man nur unter der Voraussetzung annehmen dürfen, sie habe eine culpa in eignen Angelegenheiten begangen, indem sie mehr als die Assecuranz des Kahnes gezahlt, ohne genügend überzeugt sein zu können, dass auch

Getreide mit verbrannt sei, und in wie viel Scheffeln dasselbe bestanden. Allein eine culpa lässt sich in eignen Angelegenheiten eben so wenig als in fremden präsumiren, und kann am wenigsten im vorliegenden Falle präsumirt werden, wo, nach Beklagtens eigenem Anführen, Klägerin nicht eher gezahlt hat, als nachdem sie sich vorher durch die Abhörung noch andrer Zeugen über den Stand der Sache zu unterrichten gesucht, wie denn überhaupt es Niemandem anders, als nur ausnahmsweise als culpa zur Last fallen darf, nicht die Ueberzeugung, man wolle ihn betrügen, zur Norm seines Verfahrens gemacht zu haben.

Ist es aber somit gewiss, in 2300 Thlr. hätte man den Beklagten verurtheilen sollen, so konnte die confirmatoria nicht um deswillen zweifelhaft sein, weil man dem Kläger anstatt des Ganzen nur einen Theil desselben aus Entscheidungsgründen zugesprochen, deren consequente Behandlung zur gänzlichen Abweisung der Klage geführt haben würde. Denn obschon auch Entscheidungsgründe rechtskräftig werden können, so lässt sich dies doch nicht in der Maasse behaupten, dass an die Stelle des unausreichenden nicht der richtigere dürfte gesetzt werden, der jedoch in dem vorliegenden Falle, wo nur über eine Appellation des Beklagten zu erkennen war, seine Wirkungen nur in einer confirmatoria, nicht auch in einer reformatoria äussern, nicht des Beklagten Verurtheilung in die vollen 2300 Thlr. herbeiführen konnte.

K.

Weil zwar der Klägerin Vorbringen zu allgemein und unbestimmt nicht zu achten ist, indem darin die von Haterius bewirkte Assecuration seines Elbkahnes sammt Ladung auf eine gewisse Summe bei der Klägerin, die Verbrennung des versicherten Gegenstandes während der Assecurationszeit und die Auszahlung der vergleichsweise auf 2300 Thlr. bestimmten Assecurationssumme an Haterius angezeigt, das Verbrechen des letzteren, nämlich die absichtliche Verbrennung seines Kahns

nebst der darauf befindlichen geringen Ladung, so wie die unwahre Angabe einer grössern Ladung, zu dem Zwecke, die Klägerin um die Assecurationssumme zu betrügen, auch des Beklagten Wissenschaft davon und Thätigkeit dabei mit hinlänglicher Genauigkeit angegeben ist, dennoch der erhobene Schädenanspruch, dem Beklagten gegenüber, als unbegründet sich darstellt, wenn man erwägt, dass Beklagter nach dem in der Klage ihn zur Last gelegten, blos als ungleicher Gehülfe bei der von Haterius und Manutius unternommenen Brandstiftung und höchstens noch als Begünstiger des durch dieselbe an der Klägerin verübten Betruges erscheint, nun aber die Begünstiger eines Verbrechens niemals zum Ersatze des, durch dasselbe entstandenen Schadens gehalten sind,

vergl. Glück Pandectencom. Th. 10. p. 386.

und wenn auch die ungleichen Gehülfen eines Verbrechens zum Schadenersatze verpflichtet sind, (man mag nun eine solidarische Verbindlichkeit derselben mit den Urhebern des Delicts annehmen,

Tittmann, Handbuch des Strafr. §. 141. Ausg. 2.

oder blos eine subsidiarische Verpflichtung gestatten,

Glück, a. a. O.)

Beklagter doch immer nur, da er eben blos Gehülfe der Brandstiftung ist, den durch diese erwachsenen Schaden zu ersetzen angehalten werden könnte, dazu aber, dass der Klägerin ein Recht zukäme, ihrerseits den Ersatz dieses Schadens zu fordern, wenigstens die jetzt erhobene Klage keinen Anhalt bietet; so hat der Klägerin Suchen, inmaassen es angebracht nicht statt *).

L.

Eine Schädenklage, die auf den Grund eines begangenen Verbrechens erhoben wird, setzt jederzeit voraus, dass das

*) Nach diesen Entscheidungsgründen bezeichnet das Klagvorbringen den Beklagten als ungleichen Gehülfen höchstens noch als Begünstiger, (wie unterscheiden sich diese Begriffe, von denen der zweite die Steigerung des ersten sein soll?) Der Begünstiger eines Verbrechens soll niemals gehalten sein, den dadurch verur-

Verbrechen im ursachlichen Zusammenhange mit der vorhandenen Beschädigung stehe und eine natürliche Folge hiervon ist, dass ein Theilnehmer am Verbrechen nur dann zur Vergütung der durch dasselbe bewirkten Schäden gehalten ist, wenn seine Mitwirkung entweder den Schaden unmittelbar hervorgebracht, oder doch die Vollendung des verletzenden Verbrechens mit herbeigeführt hat, obschon sie nicht die alleinige oder uothwendige Ursache desselben gewesen sein sollte.

vergl. Glück, Erl. der Pand. Th. 10. pag. 386.

Im hier vorliegenden Falle kommt nun sowohl des Beklagten Mitwirkung bei der verbrecherischen Handlung des Elbschiffers Haterius, als auch eine nicht im unmittelbaren Zusammenhange mit jener stehende (?) in Frage, weil beide nach Befinden einem Anspruche gegen Beklagten zur Unterlage dienen könnten, wenn sie mit der erforderlichen Klarheit nach ihrem ursachlichen Zusammenhange mit dem erwachsenen Schaden dargestellt worden wären.

Soviel zuerst die Mitwirkung bei der Behufs der Erlangung des Versicherungsquantums von Haterius veranstalteten Wegbrennung seines Kahns betrifft, so ist nicht zu ersehen, ob und in welcher Maasse das Hauen eines Loches in den Kahn dem Zwecke des Wegbrennens habe förderlich sein können, und daher auch das Eingeständniss, dass Beklagter den Marcus in dieser Maase auf Haterius Veranlassung angewiesen habe, zur Zeit als einflusslos zu betrachten.

Wichtiger würden in dieser Beziehung die geleugneten Thatsachen, dass Beklagter dem Manutius die Anweisung ge-

sachten Schaden zu ersetzen, wohl aber der ungleiche Gehülfe, (also jemand, dem nach dem Obigen weniger zur Last fällt, als dem Begünstiger. Dann wird Beklagter als ein ungleicher Gehülfe prädicirt, dem nur zugemuthet werden könne, den durch die Brandstiftung erwachsenen Schaden zu ersetzen; (mehr ist gar nicht verlangt worden) allein es soll nicht vorliegen, dass der Klägerin ein Recht zukäme, ihrerseits diesen Schaden zu fordern. Man sollte meinen, den Schaden habe der Beschädigte zu fordern, und darinne besteht ja eben das Wesen einer Assecuranzgesellschaft, dass gegen Zahlung der Prämie die Assecuranzgesellschaft an des Assecurirten Stelle das beschädigte Rechtssubject wird.

geben „ordentlich anzubrennen“ und diesen zugesichert habe, den Haterius zu vermögen, dass er ihm statt 10 Thlr. 25 Thlr. gebe, erscheinen, wenn nicht nach dem übrigen Inhalte der Klage angenommen werden müsste, dass Manutius bereits vorher durch Haterius zur Anzündung des Kahns bewogen gewesen und eine Hinweisung auf dem entgegenstehende Umstände, z. B. dass Manutius seinen Willen für eine so geringe Belohnung die Anzündung nicht, oder nur auf eine unzureichende Weise bewirken zu wollen, erklärt habe, und erst durch Erhöhung der versprochenen Belohnung zur wirklichen Ausführung des Verbrechens bestimmt worden sei, oder dass es einer Anweisung über die Art, auf welche die Anzündung zu bewirken sei, noch bedurft habe, oder ähnlicher Umstände in der Klage gänzlich ermangelte, und sich daher alles, was in dieser Hinsicht angeführt worden, auf Handlungen bezöge, von denen nicht abzunehmen steht, wie sie die Vollendung des Verbrechens herbeigeführt haben können.

Was dagegen den andern Punkt betrifft, so ist in der Klage die Behauptung mit enthalten und im Wesentlichen auch vom Beklagten eingeräumt, dass derselbe den Betrag des auf dem Kahne befindlichen Weizens bei seiner alsbald nach dem Brande erfolgten gerichtlichen Befragung auf 400 Schfl. angegeben, während er später, dass es höchstens 40 — 50 Schfl. gewesen seien, habe einräumen müssen. Da nun die Ladung des Schiffes besonders versichert gewesen, so würde Beklagter allerdings, insoweit in der an Haterius gezahlten Versicherungssumme auch die Entschädigung für verloren gegangenen Weizen mit enthalten ist (was, soweit die ausgezahlte Summe der 2300 Thlr. das Versicherungsquantum für den Kahn an 2100 Thlr. übersteigt, unzweifelhaft erscheint) eine directe Veranlassung des Schadens beizumessen sein. Allein einestheils fehlt die bestimmte Angabe, wieviel auf die Schiffsladung von den 2300 Thlrn. gerechnet worden, und wie gross der Werth des wirklich verbrannten Weizens, der davon in Abzug zu bringen sein würde, sobald es sich lediglich um die Folgen des durch eine falsche Angabe des Verlustes bewirkten Betrugs handelt, gewesen sei, anderntheils ist nicht angegeben, ob die Zurücknahme der frühern Angabe über den Betrag des verladenen

Weizens früher oder später erfolgt sei, als die Auszahlung des Assecuranzquanti, und ob also auf diese Auszahlung, wenigstens hinsichtlich des Betrags jene unrichtige Angabe Einfluss gehabt habe oder auch nur habe äussern können. Es ergiebt sich also, dass die Klage auf keinen Fall aufrecht zu erhalten war, vielmehr die im vorigen Erkenntniss ausgesprochene Abweisung in der angebrachten Maasse bestätigt werden musste.

M.

Vorausgesetzt die Richtigkeit des Anführens, (oder auch selbst, wie weiter unten auseinandergesetzt werden wird, nur eines Theiles desselben) ist eine dem Beklagten in Hinsicht auf die demselben zur Last fallenden Thathandlungen rechtlich obliegende Verpflichtung zur Erstattung des durch Abbrennen des Kahns der Klägerin zugezogenen Schadens allerdings anzunehmen. Die dagegen von den vorigen Urthelsverfassern aufgestellten Bedenken bestehen darinne, dass einerseits (was zugegeben werden kann) bei dem Mangel andrer, zur Aufklärung dienender Angaben nicht abzusehen sei, ob und in welcher Maasse das Hauen eines Lochs in den Kahn dem Zweecke des Wegbrennens förderlich sein können, andrerseits die geleugneten Thatsachen, (dass Beklagter vor seiner Entfernung an dem Abende, welcher dem Brande voranging, das zum Behuf des Anbrennens vorher auf den Kahn geschaffte klar gespaltene fichtene Holz und Stroh in Augenschein genommen und, in Folge des von Haterius erhaltenen Auftrages, vor der Trennung von Manutius letzterem anbefohlen, ordentlich anzubrennen, ferner demselben zugesichert, Haterius zu vermögen, dass er ihm statt 10 Thlr. 25 Thlr. gebe) zur Begründung der Klage darum nicht als geeignet erscheinen, weil nach dem übrigen Inhalte der Klage, angenommen werden müsste, dass Manutius bereits vorher durch Haterius zur Anzündung des Kahns bewogen gewesen und eine Hinweisung auf dem entgegenstehende Umstände, (z. B. dass Manutius seinen Willen für eine so geringe Belohnung die Anzündung entweder ganz nicht, oder nur auf unzureichende Weise

bewirken zu wollen erklärt habe, und erst durch Erhöhung der versprochenen Belohnung zur wirklichen Ausführung des Verbrechens bestimmt worden sei, oder, dass derselbe einer Anweisung über die Art, auf welche die Anzündung zu bewirken sei, noch bedurft habe, oder ähnlicher Umstände) in der Klage gänzlich fehle, mithin Alles, was in dieser Hinsicht angeführt worden, auf Handlungen sich beziehe, von welchen nicht abzunehmen, wie dieselben die Vollendung des Verbrechens herbeigeführt haben könnten. Muss jedoch, wie bereits oben bemerkt worden, um eine, dem Theilnehmer an einem Verbrechen rechtlich obliegende, Verpflichtung zum Schadenersatze anzunehmen, zwischen den von der in Anspruch genommenen Person sich zu Schulden gebrachten Handlungen und dem durch das Verbrechen, an welchem jene Person Theil genommen, verursachten Schaden jederzeit ein solcher Zusammenhang, wie zwischen Ursache und Wirkung (Causalnexus), statt finden, so kann doch die Nothwendigkeit des Satzes:

> dass es zugleich zweifellos sein müsse, dass ohne den Hinzutritt der Handlungen des Theilnehmers an dem Verbrechen, der durch letzteres veranlasste Schade ganz nicht hätte entstehen können,

weder als in der Natur der Sache, noch als in ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze begründet angenommen werden, indem, ersteres betreffend, fast in den meisten Fällen, von welcher der verschiedenen, von mehreren Theilnehmern an einem Verbrechen verübten Handlungen der entstandene Schade als unbedingte und nothwendige Folge anzusehen, höchst schwierig, oder auch ganz nicht zu ermitteln sein würde, und, bei den für den Anspruch des Verletzten und dessen desfallsige Befriedigung sprechenden Gründen des Rechts und der Billigkeit es genügen muss, darzuthun, dass der in Anspruch genommene an einer unerlaubten Handlung auf eine solche Weise Theil genommen, dass der durch die gesetzwidrige That herbeigeführte Nachtheil als eine Wirkung der Handlung des Beklagten betrachtet werden kann, und, wie in den Gründen zu dem vorigen Urthel selbst bemerkt worden, die Mitwirkung einer Person als eine solche sich darstellt, wodurch die Vollendung des verletzenden Verbrechens mit

herbeigeführt worden, obschon sie nicht die alleinige oder nothwendige Ursache desselben gewesen sein sollte, letzteres anlangend, eine von vorstehenden Grundsätzen abweichende Disposition in den Gesetzen keinesweges aufzufinden, vielmehr nicht nur die auf Erstattung des bei Gelegenheit eines Tumultes oder Auflaufes (in turba) entstandenen Schadens sich beziehenden Gesetze,

l. 4. §. 5. D. vi bonorum raptorum (47. 8.)
Const. 7. P. 4.

sondern auch

l. 11. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)
l. 11. I. de oblig. quae ex del. (4. 1.)

von gleichen Grundsätzen ausgehen, und für den Fall, dass nicht ausgemittelt werden kann, wessen Factum bei den von mehreren Personen sich zu Schulden gebrachten Thathandlungen den Schaden verursacht, die Verpflichtung zu dessen Erstattung sämmtlichen Theilnehmern auferlegen.

vergl. G. Al. Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte Th. 3. 2. Abth. XIV. §. 9.
Schweppe röm. Privatrecht, fortgesetzt von Meier, §. 542. unter c.
von Quistorp, Grunds. des deutsch. peinlichen Rechtes §. 91. 6. Aufl.

Um nun zur Beurtheilung des vorliegenden Falles selbst überzugehn, so ist zuförderst hinsichtlich des Factischen Folgendes zu bemerken:

Bei der auf den Inhalt der Klage (insoweit derselbe gegenwärtig in Frage kommt) bewirkten Einlassung hat Beklagter eingeräumt,

dass der Schiffer Haterius bei einer Feuerversicherungsanstalt seinen Elbkahn und die darauf befindlichen Geräthschaften gegen Feuerschäden versichert — dass dieser Elbkahn, welcher auf dem Elbstrome gestanden, in der Nacht vom 24. zum 25. Nov. 1824 in Brand gerathen und bis auf einen Ueberrest von geringem Werthe vom Feuer verzehrt worden — dass Haterius

von gedachter Anstalt 19. Octbr. 1825 ein Vergleichsquantum von 2300 Thlrn. in Wechselzahlung ausgezahlt erhalten — dass derselbe bei der später gegeu ihn und mehrere andere Personen angestellten Untersuchung eingestanden, dass er seinen Elbkahn, um die Versicherung zu erhalten, hätte anzünden lassen — dass Haterius Verwandter Marcus und der Schiffmann Manutius ebenfalls bekannt, dass sie in Haterius Auftrage dessen Kahn in Brand gesteckt, — dass er selbst, Beklagter, mit Haterius Absicht auf die angegebene Weise die Feuerversicherungsanstalt zu betrügen, wohl bekannt worden, — dass er, Beklagter, nicht nur während der letzten Tage vor dem Brande des Kahns das Ausschiffen des Weizens, mit welchem der Kahn beladen gewesen u. s. w. besorgt, sondern auch am Abende vor dem Brande, mit Marcus und Manutius sich zusammengefunden und auf Haterius Geheiss ersterem aufgetragen, ein Loch in den Kahn zu hauen, welches ihm dieser auch zugesagt, — dass aber hierauf er sich von dem Orte der Zusammenkunft fortbegeben.

Dagegen hat Beklagter ausser andern in der Klage angeführten Thatsachen geleugnet:

dass er vor seiner Ueberfahrt das zum Behuf des Anbrennens vorher auf den Kahn geschaffte klar gespaltene fichtene Holz und Stroh in Augenschein genommen und in Folge des von Haterius ihm ertheilten Auftrages vor der Trennung von Manutius diesem anbefohlen, ordentlich anzubrennen, sowohl, da Manutius ihm gesagt, dass Haterius ihm 10 Thlr. versprochen, diesem verheissen, dafür zu sorgen, dass Haterius ihm 25 Thlr. dafür geben solle.

Da Kläger hinsichtlich der von ihm behaupteten Thatsachen ausdrücklich auf den Inhalt der schon erwähnten Untersuchungsacten sich bezogen, so hat das O.-A.-Gr. gedachte Criminalacten einzufodern sich bewogen gefunden, indem, dass die von einem Angeschuldigten in der gegen letzteren geführten Untersuchung abgelegten Geständnisse in der Regel, und

insofern nicht ausnahmsweise für die Annahme, dass jene Bekenntnisse gegen die Wahrheit abgelegt worden, erhebliche Gründe vorliegen, auch bei der Entscheidung in der Civilsache zu berücksichtigen, nicht zu bezweifeln,

vergl. Hommel Rhaps. obs. 217. Biener pr. §. 3. obs. 2.

Nun geht aber aus jenen Criminalacten allerdings hervor, dass der jetzige Beklagte nach den in der Untersuchungssache von ihm abgelegten Geständnissen dem Schiffmann Manutius vor seiner Trennung von letzterem, den Kahn ordentlich anzubrennen anbefohlen, und, da Manutius ihm gesagt, dass Haterius ihm 10 Thlr. versprochen, dem Manutius verheissen, dafür zu sorgen, dass Haterius ihm 25 Thlr. dafür geben solle. Wollte man nun selbst auch das zuletzt erwähnte Geständniss in Hinsicht auf den, von dem jetzigen Beklagten in der gegen selbigen geführten Untersuchung später versuchten Widerruf, ungeachtet dieser in der Criminalsache aus den angeführten richtigen Gründen nicht beachtet worden, ganz unberücksichtiget lassen, so steht doch jedenfalls dem Beklagten das nicht abgeänderte Geständniss:

dass er dem Manutius, den Kahn ordentlich anzubrennen, anbefohlen habe,

(in Hinsicht auf welches Bekenntniss bei dem Mangel eines rechtlichen Grundes, aus welchem, dass es wider die Wahrheit abgelegt worden, anzunehmen, Beklagter des Inhalts des ins Leugnen gestellten Einlassungspunktes für geständig und überführt zu achten) entgegen, und es hat solchem nach, dass Gellius, als Miturheber desjenigen Verbrechens, wodurch die Feuerversicherungsanstalt in den durch Abbrennung des Kahns verursachten Schaden versetzt worden, zu betrachten sei, einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen können. Wie nämlich von selbst einleuchtet und an sich Rechtens ist, (übrigens auch bei der geschehenen Versicherung des gedachten Kahnes von Seiten der Versicherungsanstalt ausdrücklich bedungen worden) sind Brandschäden, welche durch Bosheit und Muthwillen des Versicherten entstehen, zum Ersatze nicht geeignet. Es wurde mithin durch doloses Verbrennen des versicherten Elbkahnes der Versicherungsanstalt widerrechtlicher Weise die

Erfüllung einer, für einen solchen Fall nicht bestehenden, vielmehr ein unverschuldetes Verbrennen voraussetzenden Verbindlichkeit (der Bezahlung der bedungenen Versicherungssumme) auferlegt, mithin ein rechtswidriger Nachtheil zugezogen. An Ausführung dieses, in der, wie Beklagtem geständlich bekannt geworden, betrügerischen Absicht begangenen Verbrechens nahm Gellius, insbesondere durch die, dem Schiffmann Manutius ertheilte, Anweisung ordentlich anzubrennen, Antheil und darauf, ob auch ohne diese Anweisung (und das in der Criminalsache ebenfalls zugestandene Versprechen der 25. Thlr.) Manutius schon in Hinsicht auf den von Haterius erhaltenen Auftrag, den Kahn angezündet haben würde, kann nach demjenigen, was oben auseinander gesetzt worden, bei Entscheidnng über des Beklagten Verpflichtung zum Schadenersatze um so weniger etwas ankommen, als wenn man von dieser Ansicht ausgehen wollte, in Beziehung auf den (zum Schadenersatze ganz unstreitig verpflichteten) Haterius, derselbe Zweifel würde erhoben werden können, indem es auch dann als streitig betrachtet werden dürfte, ob nicht Manutius erst durch Gellius zur Vollziehung des erhaltenen Auftrages bestimmt worden sei.

Hat man daher den angegebenen Gründen, aus welchen die angestellte Klage in der angebrachten Maasse zurückgewiesen worden, nicht beipflichten mögen, so ist eben so wenig gegen die hinreichende Begründung der erhobenen Klage aus einem Zweifel über die solidarische Verpflichtung der Theilnehmer an einem Verbrechen zur Erstattung der dadurch veranlassten Schäden ein Bedenken zu entnehmen gewesen, indem eine solche solidarische Verbindlichkeit (welche auch in den neuesten Strafgesetzen des Königreichs Sachsen

Criminalgesetzbuch Art. 140.

Gesetz, die Untersuchung und Bestrafung der Forstverbrechen detreffend, vom 2. April 1838 §. 14.

ausdrücklich anerkannt worden) schon nach gemeinem Rechte allerdings anzunehmen.

Vergl. unter andern

Leyser, Med. sp. 112. m. 1.

von Quistorp, Grundsätze des deutsch. peinlichen Rechts §. 91. 6. Auflage,

Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 10. S. 385.

Dagegen hat man in Hinsicht auf den von dem ausgezahlten Vergleichsquantum der 2300 Thlr. auf die mit versichert gewesene Getreideladung zu rechnenden Antheil das vorige Erkenntniss abermals zu bestätigen, darum sich bewogen gefunden, weil nach demjenigen, was oben bemerkt worden, zwischen den Handlungen des Theilnehmers an einer gesetzwidrigen Handlung und den durch letztere herbeigeführten Schaden, um eine zu dessen Erstattung dem Theilnehmer obliegende Verpflichtung annehmen zu können, jederzeit ein Causalnexus statt finden muss, ob aber, und in wie weit die deshalb in der Klage angeführten Handlungen des Beklagten auf Auszahlung des auf die Getreideladung zu rechnenden Vergleichsquanti von Einfluss gewesen, nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit zu ersehen ist.

Letzteres hat jedoch die im vorstehenden Urthel reformatorisch geschehene Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der in gedachtem Erkenntnisse bestimmten Summe an die Klägerin nicht hindern können, da die (von Beklagtem nach dem oben Ausgeführten mit bewirkte) Verbrennung des Haterius'schen Elbkahns, wodurch die Versicherungsanstalt in die Nothwendigkeit, das für jenen Kahn bestimmte Assecurationsquantum an Haterius auszuzahlen, versetzt wurde, als ein für sich allein bestehendes Factum zu betrachten, hinsichtlich dessen die Entscheidung von der Erörterung der Frage, ob, oder wie viel Getreide auf dem Kahne zur Zeit der Ansteckung desselben befindlich gewesen und mit verbrannt sei, ganz unabhängig ist, hiernächst die Richtigkeit des in der Klage angegebenen Betrages der für den Kahn nebst Zubehör bestimmten Versicherungssumme, und des Betrags des Assecurationsquanti für die auf dem Kahne befindliche Getreideladung aus mehrgedachten Criminalacten ebenfalls hervorgeht, ferner der (dem Beklagten zum Vortheil gereichende) Umstand, dass die Feuerversicherungsanstalt vergleichsweise ein Minderes, als das bedungene Quantum, an Haterius ausgezahlt, den Beklagten nicht in so weit, dass derselbe dadurch von Erfüllung der ihm in Folge seines Verbrechens zukommenden rechtlichen Verpflichtung gänzlich befreit werde, zu Statten kommen kann, und wenn nun an Haterius von der Anstalt die Summe von

2300 Thlrn. (eine, das Versicherungsquantum für den Kahn übersteigende, mithin augenscheinlich den Verlust des Kahns sowohl, als der Getreideladung betreffende, Summe) ausgezahlt worden, die aus der Vergleichung der für den Kahn und dessen Ladung bedungen gewesenen Assecurationskosten mit dem ebenfalls auf beides, dem Kahne und die Ladung, ausgezahlten Vergleichsquanto für den verbrannten Kahn hervorgehende Summe als diejenige anzunehmen gewesen, zu deren Bezahlung Beklagter verurtheilt werden müssen.

Dass übrigens, was die geforderten Verzugszinsen anlangt, nicht der daselbst angegebene Termin (der Tag der an Haterius geschehenen Auszahlung des Vergleichsquanti) sondern die Zeit der Anstellung der Klage gegen Beklagten als terminus a quo bestimmt worden, bedarf, da allererst von dem letzten Zeitpunkte an Beklagter hinsichtlich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug sich befand, eben so wenig, als bei dem Wechsel der Erkenntnisse die geschehene Compensation der sowohl früher, als neuerlich erwachsenen Processkosten, einer weitern Rechtfertigung.

XI.

Zu l. 10. de duobus reis constituendis. (45. 2.) Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

§. 1.

Darstellung eines Falles, auf welchen das cit. Fragment in zwei Instanzen nicht ist angewendet, hingegen in der dritten ist angewendet worden, und hier eine von den vorhergehenden Entscheidungen gänzlich abweichende motivirt hat.

Mit Ausgang des Jahres 1838 schloss das Banquierhaus X. seine Rechnung mit der von Runcanius und Titius unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Societätshandlung ab. Dem Hause X. kam nach diesem Abschlusse bei R. und T. ein Saldo von 2000 Thlr. zu, wogegen dem Handlungstheilhaber T. bei ebendemselben Hause nach Ausweis besonderer, auf des T. alleinigen Namen, nicht auf Firma der gemeinschaftlichen Handlung, gestellten und wenige Tage vorher abgeschlossenen Contocurrentes ein Saldo von 2100 Thlr. zu Gute ging. Bald darauf ward das Haus X. insolvent und der demselben bestellte Curator nahm die beiden Theilhaber der Firma R. und T. auf Berichtigung des Saldo von 2000 Thlr. in Anspruch. Beklagte suchten die Handlungsschuld nach dem vollen

Betrage, nicht blos zu dem davon auf Titius fallenden Antheil, als durch des T. grösseres Guthaben bei dem Hause X. gänzlich compensirt darzustellen, wobei sie noch ausserdem behaupteten, dass jenes Guthaben des Titius von demselben zu Deckung des Credites der gemeinschaftlichen Handlung bestimmt gewesen sei, auch T., bevor das Haus X. insolvent geworden, von seinem Guthaben die zu Tilgung der Handlungsschuld erforliche Summe überwiesen habe.

In dritter Instanz ist dieses Verhältniss anders als in den übereinstimmenden Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz aufgefasst worden. In der ersten sprach man sich also aus:

R. und T. sind nicht solidarisch in Anspruch genommen, und demnach ein jeder zu seinem Antheile 1000 Thlr. zu zahlen schuldig; allein Titius ist für seine Person von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, indem dessen Guthaben dasjenige übersteigt, was auf ihn als Schuldner fällt.

Die Frage, ob nicht eben dieses Guthaben auch des R. Schuldantheil compensationsweise absorbire, wurde unbedingt weder bejaht noch verneint.

Man bejahte sie, dafern R. vor ausgebrochener Insolvenz des Handlungshauses X. Miteigenthümer des Guthabens des T. geworden wäre, welcher Fall eingetreten sein würde, wenn vor diesem Zeitpunkte entweder das Haus X. mit der Handlung R. und T., dass des T. Guthaben zu Deckung für das Debet der Compagniehandlung sein solle, sich vereiniget, oder T. sein Guthaben der Handlung abgetreten hätte.

Dem R. eines oder das andere zu beweisen nachlassend, machte man hinsichtlich seiner die anderweite Entscheidung von dem Erfolge dieser Beweisführung abhängig.

Dabei warf man den Zweifel auf, dass Handlungsgesellschafter aus den Geschäften der Handlung Correalschuldner würden und von Correalschuldnern jeder

nach l. 10. ff. de duobus reis stipulandi (42. 2.) sowohl seine eigne als des Mitschuldners Forderung in Gegenrechnung bringen dürfe, welchergestalt denn auch R. ohne weiteres zur Compensation befugt scheinen könnte. Allein diesen Zweifel beseitigte man mit der Bemerkung, dass die Correalverbindlichkeit hier nicht geltend gemacht und darum R. nicht in der Lage sei, l. 10. cit. für sich geltend zu machen; denn es leide dieses Eragment nur auf den Fall Anwendung, wo von zwei Sociis, die beide solidarisch verbindlich geworden, der eine in solidum belangt werde.

In zweiter Instanz stimmte man diesen Ansichten bei, indem man darüber, dass l. 10. all. unanwendbar auf den vorliegenden Fall sei, etwas Weiteres hinzuzusetzen für unnöthig erachtend, sich dahin aussprach:

es hänge die Frage, ob ein Socius berechtiget sei, gegen einen wider ihn und den andern Socius erhobenen Anspruch mit der Forderung zu compensiren, welche dem letzteren ausserhalb des Societätsverhältnisses an dem Gläubiger zustehe, lediglich davon ab, ob und welches Eigenthumsrecht dem einen Gesellschafter an der Forderung des andern gebühre; darum sei in Hinsicht auf den nicht bereits von der Klage entbundenen Handlungsgenossen richtig interloquirt worden; denn bekanntlich umfasse der Societätsvertrag nicht an und für sich alles Eigenthum der Contrahenten, und es werde vielmehr nur dasjenige als gemeinschaftlich angesehen, was wirklich in die Gemeinschaft gebracht oder in derselben erworben worden sei, weshalb denn dem einen Socius an der Forderung des andern, daferne nicht durch einen besondern Act das Eigenthum auf ihn übergegangen, kein Recht zukomme, in welchen Verhältnissen, wie sich von selbst verstehe, nichts dadurch geändert werde, dass zu dem Vermögen des Gläubigers der Societät, der zugleich des einen Gesellschafter Schuldner geworden, ein Concurs ausgebrochen sei. Uebrigens könne man nach ausgebrochenen Concurse einen Socius mit des andern Forderung um so

weniger compensiren lassen, als nach l. 18. §. 1. tit. all. das Haus X. selbst zur Zeit seiner Solvenz nicht würde haben genöthiget werden können, die Schuld der Societät vollständig mit des T. Privatguthaben zu compensiren.

In dritter Instanz reformirte man, und die gesammte Handlungsschuld wurde für getilgt durch Compensation angesehn, weil T., als seine Privatforderung entstanden, bereits Socius des R. gewesen. Dieser Entscheidung zur Unterstützung sprach man aus:

1) Es komme die dem einen Handlungsgesellschafter gegen den Gläubiger der Handlung zustehende Gegenforderung behufs der Compensation auch seinen Mitgenossen zu statten, gleich als ob beide sie ursprünglich erworben hätten.

l. 10. de duobus reis constituendis.
Berger oec. jur. Lb. III. Tit. III. §. 4. n. 4.
Menken systema jur. civ. Lb. 45. tit. 2. §. 8.
Hofackeri princ. jur. Tom. III. §. 2029.
Curtius Handbuch des Civilrechts §. 1640. n. d.
Dr. Krugs Lehre von der Comp. Leipzig. 1833. p. 161.

Der Grund hiervon beruhe auf der jedem Theilhaber einer Compagniehandlung obliegenden Correalverbindlichkeit zu Vertretung der Handlungsschulden, vermöge deren er durch Befriedigung des Gläubigers seine übrigen Mitschuldner liberire, und dagegen von letzteren die Wiedererstattung dessen zu verlangen berechtigt sei, was von der gezahlten Summe auf deren Antheil zu rechnen.

cfr. Joh. A. Th. Kindii quaest. for. Tom. IV. cp. XVII. ed. IIda.

A. F. S. Green diss. de solut. nom. societ. Lipsiae 1769.

2) Es trete die Compensation ipso jure ein, d. h. es bedürfe zu deren Bewirkung nicht erst

des Hinzutrittes einer besonderen Willenserklärung der betheiligten Personen, sondern es wären von dem Augenblicke an, wo die einander gegenüberstehenden Forderungen beiderseits gefällig würden, dieselbe insoweit für gezahlt und durch Zahlung getilgt zu achten, als ihre Beiträge sich gleich kämen.

l. 4. C. de comp.

3) Sei in einem gegebenen Falle auf solche Weise die Forderung des Gläubigers getilgt, so falle auch, wie von selbst einleuchte, und überdies aus l. 21. ff. de comp. erhelle, das vorher vorhanden gewesene Klagerecht hinweg, und würde demohngeachtet nachher noch eine Klage auf Zahlung der getilgten Schuld angestellt, so erscheine diese Klage als gänzlich unstatthaft; daher denn darauf, ob der Kläger das Ganze oder nur einen Theil von jedem der beiden Beklagten in der Klage gefordert habe, nichts weiter ankomme; wie es denn auch sonst ganz in der Willkühr des vormaligen Gläubigers beruhen würde, eine schon früher eingetretene Compensation zu hinterziehen, auch die Inconvenienz einträte, dass das Compensationsrecht nicht nach der Zeit der Entstehung, sondern nach späteren Ereignissen müsste beurtheilt werden.

§. 2.

Allgemeine Bemerkungen über die mitgetheilten Entscheidungen.

Die in erster Instanz gegebenen Fntscheidungsgründe sind nicht befriedigend. Wenn nach l. 10. de duobus reis constituendis dem einen von zwei Correalschuldnern, wenn sie beide Socii sind, freisteht, gegen den gemeinschaftlichen Gläubiger mit den Forderungen des andern Correalschuldners zu compensiren, und nach heutiger Praxis Socii allemal in Beziehung auf die Societätsgeschäfte Correalschuldner sind, so musste man, um die Anwendbarkeit der l. 10. cit. auszuschliessen, nachwei-

sen, warum der bemerkten Praxis ungeachtet jenes Fragment nicht in Anwendung kommen dürfe. Die Behauptung: unanwendbar sei sie, sobald nicht der eine correus debendi in solidum, sondern nur zu seinem Antheile befreit werde, ist eben nur eine Behauptung, die, wenn sie gegründet und zu rechtfertigen wäre, die l. 10. cit. ganz wirkungslos zu machen scheint, da es ja allemal von dem Gläubiger abhängt, ob er das solidarische Recht will geltend machen oder statt dessen gegen die sämmtlichen Schuldner klagen.

Die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz lassen diesen Einwand unbeseitiget, und was in ihnen zu Rechtfertigung des Erkenntnisses hinzugesetzt wird, befriediget ebenfalls nicht. Denn es finden sich Verhältnisse, in denen man mit einer Forderung compensirt, deren Miteigenthümer man nicht ist — wie es z. B. der belangte Bürge hinsichtlich des Hauptschuldners Forderung an den Gläubiger thut — welchergestalt denn man wohl fragen darf, ob denn nicht auch der Socius im Stande sein möchte zu compensiren, ohne dass ihm ein Miteigenthum an der die Compensation bedingenden Forderung zusteht?

Die Entscheidung dritter Instanz könnte alle Frage nach dem ausreichenden theoretischen Grunde entbehrlich zu machen scheinen. Denn sobald man, vorauszusetzender Weise, der einmal genommenen Ansicht treu bleibt, so steht fest

> eine Handlungsgesellschaft compensirt gegen ihren Gläubiger mit dem vollständigen Betrage desjenigen, was der Gläubiger einem der Theilhaber aus besonderer Rechnung schuldet.

Ein feststehender Gerichtsbrauch darf am Ende eben so wenig als das ausdrückliche Gesetz, sich vor einer quaestio status scheuen. Allein jeder Gerichtsbrauch ist zunächst eine Conclusion aus Vordersätzen, die, bevor sie im Laufe der Zeiten sind vergessen worden, ebenfalls als Rechtswahrheit müssen festgehalten

werden, will man nicht den Gerichtsbrauch selbst compromittiren, und von diesem Gesichtspunkte aus, scheint es vielleicht nicht unerheblich zu erörtern, ob man so ganz ohne Bedenken an denjenigen Vordersätzen festhalten dürfe, welche dem oben bemerkten Rechtssatze zur Motive gedient haben.

Demnach würde man zuerst die Frage aufzuwerfen haben, ob denn nun wirklich von dem Augenblicke an, wo einander entgegenstehende Forderungen sind gefällig worden, dieselben, insoweit nicht eine von der andern überstiegen wird, ohne weiteres eben so getilgt sind, als wenn Zahlung erfolgt wäre, oder ob wir, bei denen der Unterschied von actio ipso jure perempta und exceptione infirmata die practische Bedeutung verloren hat, weil wir den altrömischen ordinem judiciorum nicht kennen, die Compensation gleich jeder andern Ausflucht nur in Folge einer besonderen darauf gerichteten Willenserklärung, obschon mit rückwirkender Kraft, einträte? Allein der Verfasser beabsichtiget nicht sowohl über die Compensation in Beziehung auf den angedeuteten Fall, als über den Sinn sich auszusprechen, in welchem man überhaupt l. 10. cit. in Anwendung bringen darf*), eine Frage, die ihre Schwierigkeiten hat, da, wie sich alsbald ergeben wird, was denn nun das Fragment wirklich vorschreibe, nichts

*) M. vergl. Krug am a. O. §. 62. u. 63. S. 157. flgd. Hier wird man alles finden, was man an Litteratur und gelehrtem Nebenwerk in dem nachstehenden §. vermissen könnte. Dass man im Wesentlichen bei dem genannten Schriftsteller auch dasjenige findet, was der nachstehende Aufsatz enthält, wird wohl bei Niemandem dem Verfasser zum Vorwurfe gereichen. Sprechend genug belegt das Vorstehende, dass es auf alle Fälle der Praxis gegenüber nichts überflüssiges ist, ein Fragment des Krug nicht in ganz gleich specieller Beziehung, wie der Verfasser behandelt hat, jetzt in dieser nochmals aufzunehmen. Auch ist wohl keine litterärische Arbeit blos um deswillen zu tadeln, weil sie keine noch nicht gesagte Wahrheiten enthält. Wiederholte Lehrbücher der Geometrie sind eine sehr gewöhnliche Erscheinung; über keines derselben ist im Voraus der Stab um deswillen gebrochen, weil im Voraus gewiss ist, dass es keine neuen Wahrheiten beweist.

weniger als gewiss, und was es habe vorschreiben wollen, nichts weniger als leicht auszumitteln ist, indem jede Angabe einer Motive der Vorschrift fehlt.

Zunächst streng bei den Worten stehen bleibend, findet man in l. 10. cit. Folgendes gesagt:

> Wenn zwei Personen, A. und B., eine und dieselbe Schuld solidarisch übernommen haben, und sie sind nicht Socii, so geht dem von dem Gläubiger belangten A. nicht zu gute, was der Gläubiger C. dem B. schuldet.

Dass mit diesem Nichtzugutegehn (non proderit) gemeint sei, A. dürfe, wenn er nicht Socius des B. ist, auch nicht mit dem compensiren, was dieser bei dem Gläubiger zu fordern hat, dies unterliegt, da das Fragment dem Titel de compensationibus eingereiht ist, nicht dem mindesten Zweifel; und eben so wenig wird sich bezweifeln lassen, dass es als argumentum a contrario den Satz ausspricht:

> Wenn zwei Personen, die Socii sind, eine und dieselbe Schuld solidarisch übernommen haben, so kann die auf Zahlung belangte mit dem compensiren, was die nicht belangte bei dem Gläubiger zu fordern habe*).

Hiermit thun folgende Fragen sich hervor:

1) Sind nicht zwei Personen, welche eine wie die andere die Verpflichtung übernehmen, eine und die nämliche Schuld zu bezahlen, durch die vertragsmässige, auf Erreichung eines und desselben Zweckes gerichtete Absicht Socii? Es versteht sich, dass man dies zu verneinen hat; denn die Societät ist eine auf Vertrag beruhende communio (Gemeinsamkeit von Rechten), die

*) Um der Kürze willen nennen wir die in Anspruch genommene und zu compensiren beabsichtigende Person ein für allemal A., den Gläubiger C., und B. die nicht belangte Person, mit deren Forderung an C. der A. compensiren will.

Gemeinsamkeit von Verbindlichkeiten zwar wohl im Erfolg hervorrufen kann, nicht aber sie nothwendig auch hervorrufen muss.

Wie irrationell es wäre, correis debendi, blos als solchen, das Recht zu geben, dass der eine mit des andern Forderung gegen den Gläubiger compensiren könnte, ergiebt sich aus folgendem Beispiele. Gesetzt, um zu schenken, haben sich A. und B. ein jeder solidarisch verpflichtet, dem C. 1000 Thlr. zu geben. C. hat die Wahl, von wem er das Geschenk fordern will; fordert er es von A., und dieser dürfte mit des B. Gegenforderung compensiren, so gelangten wir zu dem Resultate, dass von zwei correis debendi allemal nur denjenigen, welcher bei dem Gläubiger zu fordern hätte, die Verbindlichkeit bis zu dem Betrage der Forderung treffen solle, was dem Begriffe der Correalverbindlichkeit entgegen läuft.

Eben so: wenn zwei Personen an einer das Eigenthum eines Dritten beschädigenden Handlung gemeinschaftlich Theil genommen haben, und dadurch beiderseits in solidum sind verbindlich geworden. Man sieht schlechterdings keinen Grund ab, warum, weil dem einen eine Gegenforderung an dem Beschädigten zusteht, der eine um deswillen zu dem Betrage der Gegenforderung den Schadenersatz allein leisten müsste, als aus welcher jeder der einzelnen Schuldner ganz so gehalten ist, als wäre es niemand ausser ihm.

2) Als argumentum a contrario spricht das Fragment von sociis, die zugleich rei promittendi sind, also von zwei Personen, deren solidarische Verbindlichkeit auf einem Versprechen beruht, nicht von solchen sociis, die unmittelbar aus dem Gesetze oder einem diesem gleichstehenden Gerichtsbrauche zu solidarischer Zahlung gehalten sind.

Ohnstreitig geht man nicht völlig sicher, wenn man ohne weiteres, was von sociis reis promittendi gilt, auch sofort auf solche Personen überträgt, die nicht den Willen sich solidarisch verbindlich zu machen,

ausgesprochen haben, sondern durch das Gesetz oder den Gerichtsbrauch solidarisch verbunden sind. Es fragt sich, darf man um deswillen, weil von sociis, die sich absichtlich und durch ihre eigene Willenserklärung solidarisch verbindlich gemacht haben, der eine mit des andern Forderung zu compensiren berechtigt ist, die gleiche Berechtigung auch dann eintreten lassen, wenn das Gesetz oder ein demselben in den Wirkungen gleicher Gerichtsbrauch eine nach den Worten des Contractes nicht solidarisch übernommene Verbindlichkeit zu einer solidarischen gemacht hat? Die Anwendung dieser Bemerkung auf den Fall, von dem gegenwärtige Abhandlung veranlasst ist, liegt sehr nahe. R. und T. hatten unter der Handlungsfirma contrahirt. Dem Tenor des Geschäfts nach traf also die Verbindlichkeit beide. Sollen sie, die somit nicht selbst sich solidarisch verbindlich machten, sondern von dem Gerichtsbrauche gegen den Tenor des Geschäftes in solidum verbindlich gemacht worden, ein Recht haben, welches das Fragment nur den in societate befindlichen reis promittendi, laut ihres Versprechens solidarisch verbunden gewordenen Gesellschaftern einräumt?

3) Gesetzt, A. und B. sind des C. solidarische Schuldner (vor der Hand es für etwas gleichgültiges angenommen, ob sie es nach den Worten des Contractes oder nach gesetzlicher Vorschrift oder Gerichtsbrauch geworden sind) und zugleich socii: ist es alsdann in Beziehung suf die Frage, ob einer mit der Forderung des andern compensiren könne, genug dass sie nur überhaupt socii sind, oder muss die solidarische Schuld in einer Beziehung zu der Societät stehen, muss sie eine Societätsschuld sein?

4) Was endlich soll mit der Vorschrift gesagt sein: A. kann mit seines Gesellschafters B. Forderung compensiren? Ist es genug, dass B. an den Gläubiger C. zu fordern hat, oder muss zwischen B. und C. debiti et crediti mutua contribuitio, zwischen diesen beiden

compensatio statt finden, damit A. dieselbe für sich geltend machen könne?

§. 3.

Ergänzung desjenigen, was nach den vorauf-geschickten Bemerkungen l. 10. cit. unbestimmt gelassen hat.

Aus Obigem wird man ersehen, wie mit der l. 10. cit. an und für sich selbst gar nichts anzufangen ist. Da man nun in dem Titel de duobus reis constituendis und in dem de compensationibus keinen, wenigstens keinen directen Aufschluss findet, so scheint der Untersuchung ein sicherer Gang nur dadurch können gegeben zu werden, dass man über den in Frage gestellten Fall sich zunächst auf eine von dem römischen Rechte völlig abstrahirende Weise Aufklärung zu verschaffen sucht. Hat man so ein Resultat gefunden, so wird zu ermitteln, ob dasselbe mit dem römischen Rechte übereinstimme, viel leichter sein, als es die Feststellung eines zunächst nur aus dem röm. Rechte zu ziehenden Resultates sein könnte.

Man mag nun die Compensation für ein modum tollendae obligationis oder für eine Exception ansehen, oder über den Unterschied zwischen beiden sich überhaupt keine Rechenschaft geben, so viel ist gewiss, wie jedes Rechtsmittel kann sie nur den Zweck haben, ein Recht sicher zu stellen, welches ausserdem nicht sicher oder doch nur auf weniger wirksame und durchgreifende Weise sichergestellt wäre. Hieraus folgt, dass ein Schuldner A. nie gegen den Gläubiger C. mit dem compensiren darf, was C. irgend einem Individuum B. schuldet, selbst wenn B. gegen Liberation des A. den C. auf ebensoviel zu liberiren bereit ist. Denn A. hat offenbar kein hierauf gehendes Interesse.

Könnte aber nicht B. ein Interesse dabei haben, dass dem A. jene Compensation verstattet würde? Jedenfalls träte die Möglichkeit eines solchen Interesses

nur ausnahmsweise ein; dann nämlich, wenn C. ein schlechter Zahler ist, wo es denn allerdings dem B. sehr passend sein kann, sich von dem A. bezahlen zu lassen, was dieser unbedenklich thun würde, sobald er mit der Forderung des C. compensiren dürfte.

Demnach ist die Regel, welche l. 18. §. 1. de compensat. *) enthält, eine ganz zusagende Vorschrift. Ob und in wiefern wirklich jemand ein Interesse dabei haben könnte, in Fällen der oben bemerkten Art eine Ausnahme von dieser Regel gemacht zu sehen, und alsdann die Ausnahme gemacht werden dürfe, darüber weiter unten noch einige Worte. Ferner sieht man von selbst, dass im Allgemeinen auch dann weder A. noch B. ein Interesse dabei haben können, dass A. auf eigne Rechnung mit der Forderung des B. compensire, sobald B. nicht blos zu fordern, sondern auch an C. zu zahlen und also zwischen B. und C. selbst sich das Verhältniss der Compensation gebildet hat. Man denke sich z. B. den Fall: A. hat von C. ein Landgut für 1000 Thlr., C. von B. Waaren für 1000 Thlr. gekauft, und B. schuldet dem C. ein Legat von 1000 Thlr. Hier würde das Verhältniss ganz zweckloser Weise verwickelt werden, wenn man die Compensation des B. auf den A. übertragen wollte, was übrigens nie ohne ein die besondere Genehmigung von Seiten des B. involvirendes Geschäft zulässig sein könnte.

Es bleibt also, um die Compensation mit der Forderung eines Dritten B. für ein Bedürfniss zu erkennen, nur die Möglichkeit übrig, dass der Dritte nicht nur selbst in dem Falle sei gegen einen gemeinschaftlichen Gläubiger C. zu compensiren, sondern auch noch zwischen B. und den zu compensiren beabsichtigenden eine gewisse besondere Verbindung gegeben sei. Welcher Art eine solche Verbindung sein könne, ergiebt sich aus Betrachtung des bekanntesten Falles, in welchem

*) Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo, debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

mit der Forderung eines Dritten compensirt wird, aus des beklagten Bürgen Compensation mit demjenigen, was der Hauptschuldner B. gegen seinen Gläubiger in Aufrechnung zu bringen berechtiget ist *).

Hier ist das Verhältniss ganz unverkennbar so, dass, wenn der Bürge A. nicht berechtiget und sogar verbunden wäre, die Compensation des B. geltend zu machen, B. in offenbaren Verlust gerathen müsste. Denn man nehme an, A. würde von C. auf die von ersterem verbürgte Summe von 1000 Thlr. belangt, während zwischen B. und C. Compensation eingetreten ist, und A. zahlte. Hier werden von B. 1000 Thlr. Verlust nur dadurch abgewendet, dass man den A. für berechtiget und bei Verlust des Regresses für verbunden ansieht, die Compensation des B. geltend zu machen, dessen Activ- und Passivstand gegen C. = o ist, und der also nicht in Folge dieses Verhälnisses verbunden sein kann, dem A. 1000 Thlr. zu zahlen, vorausgesetzt, dass letzterem die Compensation bekannt und er dadurch in den Stand ist gesetzt gewesen, dieselbe geltend zu machen **).

*) l. 5. de compens.

Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem, utrum quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit? sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

**) Hiermit ganz verwandt ist der Inhalt von l. 6. und 7. ad Sc. Vellej. (16. 1.). Si fidejussores pro defensore absentis filii ex mandato matris ejus intercesserint, quaeritur, an etiam his senatusconsulto subveniatnr? Et ait Papinianus libro nono Quaestionum: exceptione eos usuros; nec multum facere, quod pro defensore fidejusserunt, quum contemplatione mandati matris intervenerint. Plane, inquit, si is, qui accepit eos fidejussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem senatusconsulti replicatione doli repellendam.

l. 7. Quanquam igitur fidejussor, doli replicatione opposita, defensionem exceptionis amittit, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorationem praetendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatusconsultum constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur.

Wenn die Bürgen des intercedirenden Frauenzimmers nicht verbunden wären, die in deren Person begründete except. Sc. Vellej. geltend zu machen, so hülfe dieser das ganze Sc. nichts.

Eben so stünde es um den filiusfamilias, dem das Sc. Macedon.

Ein ganz gleiches Verhältniss tritt ein, wenn A. und B. Socii geworden sind, indem sie gemeinschaftlich von C. für 1000 Thlr. kauften, und sich ausdrücklich solidarisch verbindlich machten, C. aber dem B. 1000 Thlr. aus einem mit letzterem abgeschlossenen Gutskaufe schuldet. Gesetzt C. klagt gegen den A. auf 1000 Thlr. und A. bezahlte sie, so würde, wäre nicht A. eben so berechtiget und verbunden wie jener Bürge, B., der dem C. nichts schuldig war, da die 1000 Thlr. solidarische Handlungsschuld und 1000 Thlr. Gutskaufgelder sich gegenseitig aufheben, demohngeachtet dem A. die Hälfte der berichtigten Handlungsschuld mit 500 Thlr. restituiren und somit 500 Thlr. verlieren müssen. Jetzt leuchtet aber auch ein, dass es in der angegebenen Hinsicht keinen Unterschied macht, ob die Socii sich ausdrücklich solidarisch verbindlich gemacht haben oder es ohnehin nach dem Gerichtsbrauche sind.

§. 4.

Anwendung der l. 10. cit. auf den Fall, welcher die gegenwärtige Untersuchung veranlasst hat.

Wie nun aber verhält sich, in dem oben entwickelten Sinne aufgefasst, l. 10. cit. zu dem vorliegenden Falle, wo nicht gegen einen der Schuldner solidarisch, sondern gegen beide geklagt und von der solidarischen Verbindlichkeit in der Klage völlig abstrahirt war.

Nach obiger Erläuterung der l. 10. cit. scheint es nun allerdings gewiss, dass dasjenige, was einem Socius in der Qualität eines solidarischen Schuldners in l. 10. cit. eingeräumt wird, ihm nicht auch

nichts nützte, wären nicht auch des filiusfamilias Bürgen berechtiget und verbunden, das Sc. Maced. vorzuschützen. l. 9. §. 3. tit. all. (14. 6.). Non solum filiofamilias et patri ejus succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, quia et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserint; tunc enim, quum nullum regressum habeant, senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

für den Fall eingeräumt sein kann, wo er nicht solidarisch in Anspruch genommen ist. Auch ist unbestreitbar gewiss, dass, wenn der Kläger nicht wäre insolvent geworden, derjenige Socius, dessen Privatguthaben das Debet der Handlung überstieg, nicht einmal ein Interesse daran gehabt hätte, dass sein Privatguthaben auch dem mitbeklagten Gesellschafter zu Gute gerechnet würde. Weil der Concurs des Klägers ein solches Interesse hervorrief, ist nicht auch das entsprechende Recht entstanden. Denn der Ausbruch eines Concurses kann eine Quelle neuer Rechte nur insofern werden, als an dem rein factischen Zustand, dass eine Gütermasse zu Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, Gesetz oder Gerichtsbrauch ausserdem nicht vorhandene Rechte knüpfen.

Allerdings hat man in dritter Instanz dies auch gar nicht behauptet, jedoch der Entscheidungsgrund, dass, so wie die Privatschuld die Höhe der Handlungsschuld erreicht gehabt habe, diese sofort (in diesem Sinne hat man das ipso jure genommen) getilgt gewesen sei, ist nicht ausser allen Zweifel gestellt. Allerdings behauptet das Krug am a. O. §. 24. flgd. S. 67. flgd.; er erkennt aber auch, dass jene Behauptung Gegengründe zu beseitigen habe, und ob er selbige aus dem Felde geschlagen, dürfte noch die Frage sein. Wenigstens sieht man nicht ein, wie der Gläubiger dadurch, dass er selbst einem der solidarischen Schuldner schuldig ist, um das Recht kommen soll, beliebig keine Solidarität, sondern eines jeden antheilige Verbindlichkeit geltend zu machen. Um dieses Recht bringt man ihn, wenn man die compensatio ipso jure so versteht, wie sie Krug am a. O. versteht.

Vielleicht aber (der Verfasser bittet, dass man sich erinnere, in welcher Maasse er gleich anfänglich das eigentliche Object der gegenwärtigen Abhandlung beschränkt hat) bedurfte es dieser ipso jure compensatio gar nicht, um beide Beklagte loszusprechen. Wäre der Kläger nicht insolvent geworden, so brauchte der Handlungsgesellschafter, dem jener schuldete, nur die For-

derung zur Hälfte an den Mitgesellschafter abzutreten, um auch diesen liberirt zu machen, der alsdann nicht alieno, sondern proprio nomine compensirt hätte. Sollte der Concurs ganz entschieden hierunter etwas geändert haben*)? Wenn derselbe, wie oben bemerkt, dem Schuldner der Masse keine neue Rechtszuständigkeit geben kann, so sollte man meinen, er dürfe ihm auch keine alte Rechtszuständigkeit nehmen. Indess hierauf umständlicher einzugehen, lag nicht in dem Zwecke des Verfassers.

*) Nicht reichen zu Beseitigung des angeregten Zweifels die Worte Krugs aus (am a. O. S. 178. u. 179. §. 68.) „die Schulden des Cridars gehen auf die Gläubigerschaft überhaupt nicht über; vielmehr bleibt der Cridar selbst wegen derselben persönlich verhaftet. Die Foderungen an den Cridarius bleiben daher, mögen sie vor oder nach der Concurseröffnung entstanden sein, Gegenfoderungen der Foderungen des Cridars, sofern er dergleichen noch haben kann, und daher mit diesen compensabel.“

XII.

Ein aus der Praxis entnommener Beitrag zu der Lehre von Sicherstellung der fideicommissarischen Rechte unbekannter Personen und von Edictalladung ausser dem Concurse.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen und Angabe der factishen Verhältnisse.

Die nämliche testamentarische Anordnung, welche S. 114. flgd. sich mitgetheilt findet, hat auch diejenigen Entscheidungen herbeigeführt, mit welchen sich der gegenwärtige Aufsatz beschäftigen wird. Da dieselbe hier in einer ganz andern Hinsicht als es dort der Fall war, Stoff zu Betrachtungen giebt, so würde das Factische nicht deutlich genug hervortreten, wenn man blos auf S. 114. flgd. verweisen, und nicht vielmehr den Inhalt der gedachten Anordnung hier anderweit und zwar so angäbe, wie es nöthig ist, wenn ihre Causalität in Beziehung auf die jetzt zu erörternden Entscheidungen sich gehörig veranschaulichen soll.

Numerius hatte in seinem Testamente den Titius zum Erben eingesetzt, und letzterer nach des Testators Tode die Erbschaft angetreten. In dem Testamente war verordnet:

1) es sollten nach des Erblassers Tode von dessen Capitalvermögen 50,000 Thlr. als ein Fideicommisquantum abgesondert unter die Administration

eines Fideicommiscurators gestellt, und mit alleiniger Ausnahme des Genusses der Zinsen, welche dem Erben verbleiben sollten, jene 50,000 Thlr. der Disposition des Erben entzogen sein.

2) Im Fall dass Titius ohne Hinterlassung von Kindern versterben würde, sollten die bemerkten 50,000 Thlr. ferner gewisse Rittergüter, in deren Besitz sich Titius zu Folge besonderer von Numerius unter den Lebendigen getroffener Dispositionen befand, und endlich die Hälfte des auf Titius von Numerius vererbten Mobiliarvermögens des letzteren (des Numerius) alsdann vorhandenen Agnaten des Numerischen Geschlechtes anfallen.

Nach des Numerius Ableben und von Titius bewirktem Antritt der Erbschaft, waren 50,000 Thlr. von dem übrigen Nachlasse separirt, unter einem Fideicommiscurator gestellt, jedoch dem Titius die jährlichen Zinsen davon ausgezahlt worden.

Als sodann Titius nach einigen Jahren verstarb, und nun sein Nachlass von den Intestaterben angetreten wurde, war zugleich die Bedingung, unter welcher die gedachten 50,000 Thlr., jene Güter und das erwähnte Mobiliare den Numerischen Geschlechtsagnaten hatten anfallen sollen, realisirt; denn Titius war kinderlos und ohne Hinterlassung von Leibeserben gestorben.

Jetzt traten zwischen dem Curator der 50,000 Thlr. und des Titius Erben mannigfache, einander gegenseitig bestreitende Ansprüche hervor.

Jene und diese waren darüber einverstanden, dass Edictalien zu erlassen wären, um die Persönlichkeit derjenigen auszumitteln, welchen der Complex des schon mehrmals gedachten dreifachen Vermögens zugefallen sei; denn wenngleich ziemlich zahlreich diejenigen Personen waren, die schon durch den Geschlechtsnamen Numerius und gewisse mehr oder weniger zuverlässige Familiennachrichten Anspruch darauf machten, für Agna-

ten des Numerischen Geschlechts zu gelten, so war doch jedenfalls noch keine Gewissheit darüber vorhanden, welche Individuen denn nun wohl als solche Numerier anzusehen wären, die bei des Titius Ableben dem Testator in der Agnation zunächst gestanden hätten. In allen andern Hinsichten aber waren des Titius Erben und der Curator des Fideicommisshauptstammes ganz entgegengesetzter Ansichten. Jene behaupteten in dem Edictaltermine denjenigen Prätendenten, welche sich melden und sich in der bezeichneten Qualität zu legitimiren versuchen würden, contradicirend entgegen zu treten, dies sei ihre, der Erben des Titius, Sache, indem sie jenen Vermögenscomplex an Niemanden auszuantworten verbunden wären, als an solche Personen, welche sich erforderlichermaassen legitimiren würden; auch müssten, wie früher dem Titius die Zinsen von den 50,000 Thlrn. verblieben wären, diese nunmehr ihnen, als den Erben desselben überlassen, ja die Curatel über jenen Hauptstamm völlig aufgehoben werden, denn nur für des Titius Lebzeiten sei dieselbe angeordnet gewesen. Dagegen behauptete der Curator, nicht nur müsse die Curatel fortbestehen, sondern auch der Zinsenertrag, in Erwartung, dass die nächsten Agnaten sich legitimiren würden, zu dem gerichtlichen Depositum genommen und den zur Perception Berechtigten aufbewahrt werden; auch erfordere das Interesse der zur Zeit noch unausgemittelten Personen, denen das Fideicommis angefallen sei, nicht nur die Curatel fortbestehen zu lassen, sondern dieselbe auch auf die Güter zu erstrecken, als welche man unter gerichtliche Administration zu stellen habe; wogegen des Titius Erben auf Zeit von des Testators Ableben an über die Gebahrung mit den Gütern Rechnung abzulegen hätten; endlich sei es seine oder vielmehr des dem gesammten Gütercomplexe zu bestellenden Curators Sache, im Edictaltermine die Ansprüche der sich meldenden Prätendenten und deren Legitimationen als Contradictor zu prüfen.

§. 2.

Entscheidung des vormaligen K. S. Appell. Gerichts.

In Nachstehendem ist dem Wesentlichen nach die bemerkte Entscheidung wörtlich wiederholt.

Gewiss ist, dass man Edictalien zu erlassen hat, um in rechtliche Gewissheit zu setzen, ob das Fideicommis in Anspruch zu nehmen berechtigte Agnaten des Numerischen Geschlechtes vorhanden und welche insonderheit unter selbigen hierzu als die nächsten legitimirt sind. Dagegen erregen Beklagte (des Titius Erben) selbst keinen Widerspruch, auch kann (man vergleiche Haase über Edictalladungen und Edictalprocess Cp. 7. §. 1. Num. 1. 2. u. 3. S. 75. flgd.) nicht in Zweifel gezogen werden, dass die Ermittelung unbekannter zu einem Fideicommis berufener Personen auf dem Wege des Edictalprocesses Platz ergreife.

Es fragt sich aber, wer soll in dem Edictalprocesse die Function eines Contradictors übernehmen? und die Beantwortung dieser Frage schliesst sich unmittelbar an Beantwortung der höher liegenden, den hauptsächlichen Streitgegenstand ausmachenden Frage an, soll, bevor die Fideicommissare ermittelt sind, das Fideicommis constituirt, und bis dieselben ermittelt sind, unter Curatel gestellt werden, oder soll dies nicht geschehen, der Legitimationspunkt sowohl als die Realisirung des Fideicommisses zwischen Beklagten und den als Fideicommissaren sich meldenden Personen zur Entscheidung gebracht werden.

Dass letzteres nicht geschehen darf, dass das Fideicommis zu constituiren und als solches in Erwartung erst noch zu beschehender Ermittelung der Fideicommissare im Interesse derselben zu verwalten sei, dies ergiebt sich

a. aus dem Inhalte des Testamentes und
b. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

ad a.

Das Fideicommis sollte Platz ergreifen, wenn nach dem Testirer Titius, dessen Erbe und Erblasser der Beklagten, kinderlos verstürbe, um nichts weniger aber auch schon bei Lebzeiten des Titius ein Capitalfond an 50,000 Thrln. zur Sicherstellung des Fideicommisses constituirt werden. Wenn nun aber der Testirer schon für diejenige Zeit, wo noch gar nicht vorherzusehn war, ob die Bedingung des Fideicommisses eintreten werde, dem Interesse der Fideicommissaren durch eine Curatel wollte vorgesehn wissen, so muss man, soll nicht eine sich selbst widersprechende Inconsequenz präsumirt werden, annehmen, dass die Fortdauer dieser Maassregel seinen Absichten gemäss besonders dann geworden sei, wo die Bedingungen des Fideicommisses eingetreten sind, während für die Existenz zum Fideicommis berufener Personen, davon abgesehen, wer unter diesen sich als der nächste legitimiren kann, die Fol. bemerkten Umstände sprechen. Es ist aber auch die fideicommissarische Disposition gar nicht von der Art, dass, so lange sich niemand zum Genusse des Fideicommisses an 50,000 Thlr. und der Rittergüter nebst des Erblassers halben Mobiliarnachlasse legitimirt haben sollte, dieselbe nicht in Wirksamkeit treten könnte; denn es ist unter den fideicommissarischen Dispositionen mit die Anordnung begriffen, dass auf den Fall, wo nach dem Testirer Titius kinderlos verstürbe und die Güter den nächsten Agnaten zufielen (m. s. S. 114. flgde.), 30,000 Thlr. darauf radicirt und Wittwen, Töchter und Studirende des Numerischen Geschlechtes von dem Nutzertrage unterstützt werden sollen; welchergestalt denn, was der Erblasser mit dem Fideicommisse beabsichtiget hat, in einem nicht unbedeutenden Umfange erreicht wird, auch ohne dass zuvor ein Agnate seines Geschlechtes sich als der nächste legitimirt hat.

ad b.

Von dem Augenblicke an, wo die Bedingung des Fideicommisses eingetreten war, sind die nächsten Numerischen Agnaten bei Constituirung desselben, sowohl die Substanz als die davon zu erhebenden Nutzungen anlangend, interessirt, nicht aber erst von dem Augenblicke an, wo die Legitimation wird erfolgt sein, und völlig abgesehen davon, wer sich legitimiren werde. Wenn nun aber der Privatmann befugt ist,

man vergl. l. 3. §. 6. de negot. gestor. (3. 5.)

eines Abwesenden, eines Unbekannten erbschaftliche Interessen sicher zu stellen, so ist die Obrigheit dazu verbunden, denn nicht nur sind in vielfachen Beziehungen Abwesende, und als solche hat man unbekannte Interessenten zu betrachten, den Unmündigen gleichgestellt, und in Folge dieser Gleichstellung berechtigt zu fordern, dass ihr Bestes obrigkeitlich Amtswegen wahrgenommen werde, sondern es hat sich auch überhaupt

m. vergl. Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreiche Sachsen gültige Civilrecht 3te Abth. S. 506.

in der Verbindung mit der cura absentium die Maxime ausgebildet, das Interesse noch in suspenso schwebender Erbrechte wahrzunehmen.

Die Möglichkeit des Falles, es meldete und legitimirte sich niemand, dem das Fideicommis, abgesehn von den Zinsen der vorerwähnten 30,000 Thlr., zuzusprechen wäre, kann die Constituirung des Fideicommisses unter einem Curator eben so wenig hindern, als nach röm. Rechte die Möglichkeit, dass kein posthumus dürfte geboren und also die Erbschaft unvorausgesetzterweise einem andern Erben zufallen werde, behinderte, zur Verwaltung des Nachlasses für den posthumus einen Vormund zu bestellen. Was in einem solchen

Falle nach röm. Rechte galt, dass nämlich, wenn kein posthumus geboren wurde, der Tutor als des unverdrängten Erben gewesener negotiorum gestor angesehen ward,

m. vergl. l. 29. de negot. gestor.

eben dies würde eintretenden Falls analog auf die vorliegenden Verhältnisse anzuwenden sein.

§. 3.

Das Factische in Beziehung auf den Erfolg der erlassenen Edictalien.

Auf den Grund der bemerkten, in Rechtskraft übergegangenen Entscheidung wurden edictaliter geladen, die nächsten Agnaten des Numerius aus dem Numerischen Geschlechte, welche vermöge dessen testamentarischer Disposition und ihres nach dem Todestage des Fiduciarerben zu beurtheilenden Näherrechtes zur Succession in das von dem Testator errichtete Fideicommis berufen wären.

Zahlreiche Individuen, welche jedoch für ihre Legitimation zunächst und mit vollständiger Gewissheit mehr nicht geltend zu machen vermochten, als dass sie mit dem Testirer einen und denselben Geschlechtsnamen führten, meldeten sich, worauf zwischen ihnen und dem Contradictor, so wie des Titius Erben, als Intervenienten, von neuem die entgegengesetztesten Behauptungen über dasjenige erhoben wurden, was denn nun eigentlich zu Herstellung der Legitimation erfordert werde. Insonderheit behaupteten die im Edictaltermine erschienenen Numerier, da es unmöglich sei, auch der Testator ohnfehlbar davon überzeugt gewesen sei, es lasse sich die Agnation durch keinen bis auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückführenden genealogischen Schematismus darthun, so müsse man für gleichberechtiget alle diejenigen ansehen, welche im Edictaltermine erschienen wären und nur überhaupt die Agnation darzuthun vermöchten, vorausgesetzt, dass von diesen

Personen keine andere hinsichtlich ihrer nachwiese, sie stehe zu dem Testator in einem näheren Grade der Agnation als die übrigen. Gar nicht sei aber in der vorliegenden Beziehung als ein Agnat des Testators anzusehen, wer, sollte er auch ein solcher sein, dennoch nicht in dem Edictaltermine erschienen wäre. Die Agnation endlich wollten die Erschienenen dadurch beweisen, dass ein Vorfahre des Testators und dieser selbst sie, oder doch Adscendenten von ihnen, als Agnaten in Numerischen Familienverträgen und ausgebrachten Gesammtbeleihungen anerkannt habe.

Dagegen behauptete der Contradictor und die Intervenienten, nur derjenige könne für legitimirt angesehen werden, welcher seine und des Testators Abkunft auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen und auf diese Weise sich als einen nächsten Agnaten auszuweisen vermöchte, auch würde, wenn es einen näheren, aber nicht im Edictaltermine erschienenen und daher präcludirten gäbe, dies die Folge haben, dass überhaupt niemand zur Perception käme, der unter den Erschienenen nächste um deswillen nicht, weil es einen noch näheren gäbe, und auch dieser nicht, weil ihm die Präclusion entgegenstünde.

Die hierüber in erster und in zweiter Instanz ausgesprochenen, von einander abweichenden Ansichten übergehend, theilt man mit, wie in dritter Instanz entschieden ward. Hier wurde interlocutorisch erkannt, derjenige, welcher sich als berechtiget zu Perception des Fideicommisses zu legitimiren beabsichtige, habe

1) dass er mit dem Testator Numerius von einem, dem genannten Testator und ihm, dem Beweisführer, gemeinschaftlichen Stammvater abstamme und zugleich

2) denjenigen Grad der Agnation darzuthun, in welchem er zu dem gedachten Testator an des Titius Sterbetage gestanden.

Jedoch man liess dem Beweisführer die Wahl, statt des oben bemerkten Beweisthemas ein anderes und zwar folgendes auszuführen,

dass der Testator unter den nächsten Agnaten des Numerischen Geschlechtes, die er mit dem von ihm errichteten Fideicommisse bedacht, nicht solche Personen verstanden, welche ihre und seine Abkunft auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen und sich in solcher Maasse als nächste Agnaten zu legitimiren vermöchten, sondern derselbe mit den Worten nächste Agnaten einen andern Sinn verbunden und in diesem andern Sinne der Beweisführer ein nächster Agnate des Testirers gewesen sei*).

In Beziehung auf das zuerst vorgeschriebene Beweisthema wurde dem Beklagten und den Intervenienten nachgelassen, im Gegenbeweise auszuführen, dass eine unter der Klage nicht begriffene Person mit dem Testator von einem und demselben Stammvater abstamme, und an des Titius Todestage zu dem Testator in näherer Agnation gestanden, als irgend einer der Kläger.

§. 4.

Die Gründe für die mitgetheilte Entscheidung.

Bei Wiederholung derselben hat man alles hinweggelassen, was dem concreten Falle eigenthümlich war, ohne jedoch wesentlich die Entscheidung zu motiviren.

„Wenn man bei den Worten des Testamentes stehen bleibt — dass man dies müsse, insofern nicht besondere factische Umstände davon abzuweichen verpflichten sollten — dies lässt schon der Natur der Sache nach sich nicht bestreiten, und l. 4. pr. de legatis I. (30. 1.)**), noch mehr aber die ganz allgemein in l. 7.

*) Das Factische, um deswillen dies anderweite Beweisthema vorgeschrieben wurde, werden die Motiven derselben angeben.

**) Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus. Sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem

§. 2. de supellectili legata (33. 10.)*) ausgesprochene Ansicht, dient, wenn es dessen bedürfte, zur Bestätigung — hängt die Perception des Fideicommisses von der Legitimation ab, dass der Beweisführer ein Agnat des Numerius, dass er am Todestage des Titius des Numerius nächster Agnat gewesen sei. Denn nicht hat der Testator verordnet, dass im Falle des kinderlosen Ableben des Titius, das Fideicommis seinen alsdann vorhandenen Agnaten zufallen und unter diesen der nähere den entfernteren ausschliessen solle, sondern der Fiduciarerbe, oder, der Wirkung nach, dessen Successoren sind mit einem dem nächsten Agnaten beschiedenen Fideicommisse onerirt. Geradehin den Worten des Testamentes würde es entgegenlaufen, wollte man die testamentarische Disposition in dem Sinne zur Anwendung bringen, welchen die Kläger ihr zu geben beabsichtigen. "

Angenommen selbst, die Agnation derselben mit dem Testirer wäre gewiss, so könnte um deswillen,

contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

*) Sed de his quidem, de quibus dubitari potest, supellectilis potius, an argenti, an vestis sint, Servius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre; verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, utputa escarium argentum, aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectile legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait; Nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quenquam dicere, quod non sentiat, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet; nam vocis ministerio utimur. Ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio, et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit. Nam etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso, et sono quodam, καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimemus.

weil kein Näherrecht dargethan sei, man eine Vertheilung des Fideicommisses unter dieselben nur alsdann gegen die Worte des Testamentes, das nicht Agnaten, sondern nächste Agnaten beruft, zulässig finden, wenn man den Satz zu vertheidigen gesonnen wäre, dass in Fällen, wo Erben designirt sind, deren Individualität sich nicht ausmitteln lässt, wohl aber eine Anzahl Personen bekannt sind, unter denen die eingesetzten befindlich sein müssen, alle diese Personen für gleichmässig berufen anzusehen wären. Das Unhaltbare eines solchen Satzes aus dem Wesentlichen letztwilliger Verordnungen nachzuweisen, ist völlig entbehrlich, da l. 62. §. 1. de heredibus instit. (28. 5.) ihn mit deutlichen Worten verwirft. Das Fragment lautet also; quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet; quippe (oder nach einer anderen den Sinn nicht alterirenden Lesart: quod plane) evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habet, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis evidentissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit.

Dieses Fragment stellt folgenden Fall auf: ein Testator hat mehrere Freunde, jeder heisst Titius und „sein Freund Titius ist zum Erben eingesetzt," ohne dass ein weiterer, den Eingesetzten von anderen, ebenfalls Titius benannten Freunden, unterscheidender Name beigefügt ist. Nicht soll alsdann unter die sämmtlichen also Benannten vertheilt werden, sondern die Erbeinsetzung ungültig sein, daferne sich nicht durch besondere Umstände nachweisen lässt, welchen Titius, der Testirer, gemeint habe.

Man wendet sich nunmehr zu Beantwortung folgender zwei Fragen:

1) Wie war zu erkennen, wenn man bei den Worten des Testamentes stehen bleibt?

2) Welche ausser dem Inhalte des Testamentes liegenden Momente haben die Kläger vorgebracht, und

welchen Einfluss auf die Entscheidung zu äussern sind diese Momente geeignet gewesen?

ad 1.

Jeder der Kläger hat sich einen nächsten Agnaten des Testirers prädicirt; ihm nachzulassen dies zu beweisen, des Geständnisses ungeachtet, immer noch sei er nicht im Stande, sein und des Testirers Abstammung auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen, fiel unbedenklich. Denn was die Kläger zur Zeit noch nicht vermocht haben, dies kann ihnen innerhalb der Beweisfrist möglich werden. Hiernächst ist es mit der Natur des Edictalprocesses wohl vereinbar, zum Beweise auszusetzen, was in dem Edictalverfahren behauptet, aber noch nicht liquid geworden ist.

Ueber die Modalität des Beweises bemerkt man Folgendes:

a) Es ist zu beweisen die Abstammung von einem und demselben stipite communi mit dem Testirer, und zwar in ununterbrochener männlicher Descendenz. Dies ergiebt sich aus der Bedeutung des Wortes Agnat.

b) Den Fall als möglich gesetzt, es bewiese ein Kläger die Agnation, ohne dass damit zugleich des Testirers und sein gegenseitiger Abstand von dem stipite communi sich dargelegt fände, so würde der Beweis nicht hergestellt sein, weil alsdann es unmöglich wäre, ein Urtheil über das Näherrecht zu fällen. Jedoch ist hierzu keinesweges erforderlich, dass der Beweisführer noch ausserdem beweise, Niemand stehe dem Testirer näher als er. Es muss vielmehr jede bestimmt dargethane Nähe für die nächste so lange gelten, als kein Mitprätendent die gleiche oder noch nähere Proximität dargethan hat.

Nicht ist man dieser Ansicht um deswillen, weil jede negative Proposition schon qua talis bis zum Beweise des Gegentheils für dargethan zu betrachten sei. Die Allgemeingültigkeit dieses Satzes ist aus überzeu-

genden Gründen von zahlreichen juristischen Schriftstellern verworfen, deren Namen sich aufgeführt finden in

Reinhardt Handbuch des Processes §. 156. not. 1. m. vergl. auch Böhmer jus eccles. protest. Lib. II. Tit. 19. §. 4. sq.;

auch nicht um deswillen hat man jene Ansicht gefasst, weil das pluritas non praesumitur eine in allen Fällen durchgreifende Regel sein könnte, wie denn z. B. Niemand ein Vermächtniss, das dem Lucius beschieden wäre, daferne er der einzige von Titius hinterbliebene Sohn sein sollte, den Lucius des Beweises überhoben achten würde, dass ausser ihm Titius keinen Sohn gezeugt habe;

sondern es rechtfertigen folgende Momente den unter b. aufgestellten Satz: Erstlich: unabhängig davon, ob und welche Familien Numerius sich auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückführen lassen, und in welchem früheren Jahrhundert die Existenz eines Geschlechtes dieses Namens sich documentirt finde, beruht es doch in Notorietät, dass das Geschlecht nicht so neuerlichen Ursprungs ist, dass die Möglichkeit des Beweises jener Negation vorausgesetzt werden könnte, und nicht vielmehr anzunehmen wäre, dass der Testator selbst die Unausführbarkeit dieses Beweises anerkannt habe. Da nun aber jede letztwillige Disposition bis zu Ausführung des Gegentheils für eine ernstlich gemeinte, für eine solche anzusehen ist, welche in die Wirklichkeit treten soll, diese Absicht aber der Testator nicht gehabt haben könnte, wenn er die Legitimation von unmöglichen Voraussetzungen hätte abhängig gemacht, so ist auch vorauszusetzen, dass man seiner Intention nach, die Proximität für dargethan zu achten hat, sobald kein Numerius bekannt ist, dessen Nähe die erwiesene Proximität eines anderen überträfe.

Zweitens, auch abgesehen von dem, was als des Testators Absicht vorauszusetzen ist, hat der Richter sich überzeugt zu halten, dass die dem Satze unter b. gemäss erwiesene Verwandtschaft das wirkliche Näher-

recht des Beweisführers darthut. Denn da stillschweigende Renunciationen nicht zu präsumiren sind, so ist auch nicht anzunehmen, dass, wenn ein anderer näherer vorhanden wäre, dieser seines Rechtes sich begeben haben sollte, indem er, edictaliter dazu aufgefordert, unterlassen, dasselbe geltend zu machen. Jedoch

c) es ist wenigstens nicht unmöglich, dass dieser Fall eingetreten sei, und demnach war dem Beklagten und Intervenienten dies zu beweisen nachzulassen. Die Folge dieses von Beklagten oder Intervenienten vollführten Beweises würde die sein, dass keiner der im Edictaltermine erschienenen — denn solchenfalls hätte keiner derselben sich als den nächsten legitimirt — zur Perception gelangen würde, eben so wenig aber derjenige, für den die Proximität von Beklagtem oder von den Intervenienten erwiesen wäre; denn diesem stünde die Präclusion entgegen. Die hin und wieder in den Acten geäusserte Ansicht, dass es gleichgültig sei, ob ein Numerius präcludirt sei, der ein besseres Näherrecht als irgend einer der im Edictaltermine erschienenen haben möchte, dass auf die im Termine erschienenen die Erörterung des Näherrechtes zu beschränken sei, ist irrig. Sie läuft darauf hinaus, dass durch das Ausbleiben im Edictaltermine Näherer, die im Termine erschienenen Entfernteren an deren Stelle träten. Dies aber würde dem Willen des Testirers entgegenlaufen, der das Fideicommis seinen nächsten Agnaten, nicht denjenigen beschieden haben wollte, welche unter seinen gerichtlich sich anmeldenden Agnaten die nächsten sein würden. Letztere jenen zu substituiren und auf diese Weise von der Vorschrift des Testamentes abzuweichen, dies könnte nur in Gemässheit einer dazu autorisirenden gesetzlichen Disposition verstattet werden.

ad 2.

Den Klägern nachzulassen, anstatt des ersten Beweissatzes den zweiten darzuthun, hat man sich durch die folgenden factischen Momente bewogen gefunden.

Nach der Kläger jedoch noch zur Zeit in sehr wesentlichen Beziehungen nichts weniger als in juristische Gewissheit gesetzten Vorbringen, ist

a) seit länger als drittehalb Jahrhunderten, namentlich schon im Jahre 1577, das Geschlecht der Numerier abgeschlossen gewesen in drei Stämmen, 1) dem Rhiphäischen, 2) dem Ulpianischen und 3) dem Decischen, und jeder dieser drei Stämme ist wieder in verschiedene sogenannte Häuser verzweigt gewesen.

b) Der Testator hat zu dem Ulpianischen Stamme gehört; mit ihm ist dieser Stamm erloschen.

c) In Lehnbriefen, deren ältester vom Jahre 1577. und der neueste vom Jahre 1777. datirt, werden die jedesmaligen Mitglieder der jene Stämme bildenden Häuser namentlich aufgeführt, und sie erhalten als Gebrüder und Vettern Numerier und als einander mit naher Blutsfreundschaft verwandt, die Gesammthand an ihren Gütern.

An und für sich selbst geben diese Momente keine für den gegenwärtigen Process erheblichen Resultate. Wenn der Lehnsherr gewisse Personen, deren Verlangen und Antrage gemäss, als einander durch Agnation verbunden anerkannt hat, so ist dies immer nur in Beziehung auf die gesammte Hand an den Lehngütern geschehen, nicht aber folgt daraus, dass sie wirklich Agnaten gewesen, oder auch nur einander als Agnaten in jeder anderen Beziehung anzuerkennen Willens gewesen wären, wozu noch kommt, dass, da die stipites communes der drei Stämme nicht unter sich auf einen und denselben stipitem communem zurückgeführt sind, das Näherrecht unerwiesen bleibt, selbst wenn man die Agnation für dargethan erachten könnte.

d) Vom Jahre 1577. findet sich eine „vetterliche Erbvereinigung und Vergleich," bestimmt, eine Norm dafür zu geben, wie es unter den drei Stämmen, nachdem dieselben die gesammte Hand an den Gütern erlanget, solle künftighin gehalten werden.

Hier werden die drei Stämme als bestehend, somit

der drei Haupthäuser R. U. D. und der unter einem jeden derselben begriffenen Nebenhäuser gegenseitige Agnation anerkannt, während man, allem Anscheine nach, schon dazumal nicht im Stande war, die Verbindung der drei Stämme in einem genealogischen Schema bis auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen, vielmehr jene Unmöglichkeit die Ursache des gegenseitigen Anerkenntnisses dürfte gewesen sein. Denn es sind gedachten Documenten Stammtafeln beigefügt worden, die jedoch nur einen stipes communis jedes der genannten drei Haupthäuser nennen.

Hier findet man unterschiedene Bestimmungen, wodurch etwanigen Streitigkeiten über die Succession in die Lehne vorgebeugt werden soll, die entstehen möchten, obngeachtet der in den beschriebenen Rechten sich befindenden „guten Nachrichtungen und Gewissheit.“ Für den Fall aber, dass ein Stamm ganz ausstürbe und also ein anderer Stamm zur Succession kommen würde, sind gewisse, im Wesentlichen für jeden Stamm gleichmässig ausgedrückte Bestimmungen getroffen, die für den Fall, dass der Ulpianische Stamm erlöschen würde, also lauten:

„Alss da der Stamm U. aufhören und von dem Letzten den Stämmen R. und D. anheimfallen würde; so soll die Lehnsverlassenschaft und die Güter und Stücke, so der vorige Stamm U. gehabt und der letzte bekommen und gehalten, auf die Stämme R. und D. fallen, und dasselbe nach den fünf Haupthäusern in fünf Theile und von jedem Haupthause in dasselbe eingehörende und damals lebendige Personen nach Häupterzahl gleich getheilt und gesondert werden.“

Schlüsslich wird die Ueberzeugung ausgesprochen, dass keiner der Interessenten die ihm unbenommen bleibende freie Gebahrung mit den Lehngütern misbrauchen und dabei die Rücksichten für die Agnaten aus den Augen setzen werde.

Man verbindet hiermit nachstehende Bemerkung:

Einerseits ist gewiss, dass in vorliegender Rechtssache, wo über die Succession in Lehngüter, aber nicht blos in solche, sondern über die Succession in selbige gemäss einer civilrechtlichen, durch das Testament gegebenen Norm entschieden werden soll, jenes Geschlechtspactum, selbst wenn dasselbe urkundlich und in vollgültiger Form producirt, und dass der Testator durch dasselbe verbunden sei, erwiesen wäre, von keinem Einflusse auf die Entscheidung sein würde; andererseits — und unter diesem Gesichtspunkte hat man die nachstehend hervorgehobenen weiteren factischen Momente aufzufassen — lässt sich die Frage aufwerfen, ob nicht die Worte des Testamentes verstatten, sie in Conformität jener Disposition zu verstehen, die für den Fall, dass der Stamm U. ausstürbe, in dem angeblichen Geschlechtspactum enthalten ist, und ob Beziehungen vorliegen, nach denen auch der Testator sie in diesem Sinne dürfte verstanden haben?

e) Im Jahre 1657. urkunden „benannte Gevettern des uralten Geschlechtes derer Numerier," unter welchen, wie die Kläger behaupten und speciell nachzuweisen sind bemüht gewesen, H., ein Ascendent des Testators, und C., einer ihrer Ascendenten, sich befunden, dass auf einer Geschlechtsversammlung gedachten Jahres, sie sich über gewisse Punkte vereiniget und dieses zwar, weil sie erwogen, „die Vorsorge und den emsigen Fleiss, welchen die Voreltern wie zu des Geschlechtes Ruhm und Ehren, also auch zu desselben gedeihlichem Aufnehmen vor und angewendet, unter welchen denn nicht das geringste, dass sie dem Geschlechte eine gesammte Lehn erlanget."

Während nun ausser der Gesammtbelehnung schwerlich etwas anderes als ein pactum gentilitium kann gemeint sein, ist es sehr wohl möglich, dass damit das obangezogene von 1577. gemeint sei. Denn in der Urkunde von 1657. ist bemerkt: man finde in der alten lieben Vorfahren hinterlassenen Schriften — die Urkunde von 1577. enthält eine solche Bestimmung —

diese gewisse Nachricht, die in der sämmtlichen Belehnung begriffene Clausel, „dass ein jeder mit dem Seinigen zu thun und zu lassen, ungehindert des andern, Macht und Gewalt habe, solle nicht zu Schaden oder Abgang der gesammten Hand gereichen.“

Ohne nun hier ein Urtheil über die Beweiskraft der Urkunde von 1657. auszusprechen, aus welcher jedenfalls in der vorliegenden Beziehung und eine civilrechtliche Succession ex testamento anlangend, kein selbstständiger Rechtstitel abgeleitet werden kann, liegt in ihr doch ein historisch gegebenes, wenn auch noch zur Zeit in keinen Grad juridischer Zuverlässigkeit gesetztes Moment vor, nach welchem es das Ansehen gewinnt, dass bereits im 17. Jahrhundert die Existenz des Numerischen, als eines in den genannten drei Hauptstämmen abgeschlossenen — denn man bezieht sich auf die Gesammtbelehnung, und diese ist jenen drei Stämmen ertheilt worden — unbezweifelt gewiss gegolten, sein Ursprung aber sich in die unbestimmte Vorzeit, darum aber auch die Kenntniss von dem gemeinschaftlichen Stammvater verloren gehabt habe.

f) Vom Jahre 1772. findet sich eine Urkunde, welche Folgendes besagt: die Gebrüder und Vettern Numerius, nach den mehrerwähnten drei Stämmen rubricirt und einzeln mit Namen aufgeführt, unter denen auch der des Testators sich findet, hatten, auf die obgedachte Urkunde von 1657. sich beziehend, den damaligen Lehnsherrn um deren Confirmation angesucht, und es ist diese Confirmation in der gedachten Eigenschaft ertheilt worden, wie denn auch die bemerkten pacta gentilitia von früheren Landesherren die Bestätigung erhalten haben.

Daraus ergiebt sich, obschon vor der Hand nur, als historisches Moment — man sehe, was oben über die Urkunde von 1577. gesagt ist — dass der Testator mit dem Inhalte der Urkunde von 1657. einverstanden gewesen sei, und, insofern sich in derselbon auf der Vorfahren hinterlassene Schriften bezogen ist, auch

keinesweges behauptet werden mag, dass darunter die Urkunde von 1577. nicht gemeint sein könne, er auch den Inhalt dieser Urkunde gekannt und also auch mit demjenigen einverstanden gewesen sei, was nach Inhalte derselben und den beiden jüngeren Urkunden sich nichts weniger als unglaublich, vielmehr als nicht unwahrscheinlich darstellt, nämlich:

dass der Testator selbst es für unmöglich hielt, den Ursprung des uralten Geschlechts auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen, wie man denn, obgedachter Maassen, allem Ansehen nach schon 1577. nur auf den stipes communis jedes einzelnen Stammes, jedoch nicht auf den stipes communis aller drei Stämme zurückzugehen vermocht hat.

Wäre aber der Testator dieser Ansicht gewesen, so hätte es ihm auch nicht entgehen können, dass niemand im Stande sei, sich als nächsten Agnaten in demjenigen Sinne zu legitimiren, welchen die grammatische Auslegung der testamentarischen Verordnung mit sich bringt.

Konnte ihm dies nicht entgehen, so könnte er auch die Worte nächste Agnaten in der Bedeutung von Agnaten, die ihre und seine Abstammung auf einen gemeinschaftlichen Stammvater zurückzuführen vermöchten, nur unter der Voraussetzung gebraucht haben, dass er den Willen und die Absicht gehabt hätte, eine schlechthin nichtige, nimmermehr einen Effect zu haben geeignete Disposition auszusprechen.

Es versteht sich, dass man unberechtiget ist, dies vorauszusetzen. Auf kürzestem Wege wäre keinem der Agnaten etwas letztwillig zugewendet worden, wenn im Testamente dieselben gänzlich unerwähnt geblieben wären; wogegen, wenn man annehmen wollte, um ihnen nichts zuzuwenden, habe der Testator sie in einem Sinne honorirt, der, indem er die Perception von unmöglichen Voraussetzungen abhängig machte, zu der weiteren Annahme führt, es habe der Testator anstatt die Agnaten zu honoriren und für das Beste seines

Geschlechtes zu sorgen, wie, allem Anscheine nach durch Concurrenz bei Bestätigung der pactorum gentilitiorum er selbst dies gethan, auf gehässige und tadelnswerthe Weise, dieselben zu vergeblichen Ansprüchen und Weiterungen anreizen wollen.

Es fragt sich demnach, ist irgend eine andere als die aus der grammatischen Auffassung der Worte sich ergebende Vorstellung ersichtbar, die der Testator mit denselben könnte verbunden haben, und welche ist es?

Angenommen — und oben ist gezeigt, dass dies nicht unwahrscheinlich sei — er hat die Urkunde von 1577. gekannt und dieselbe für ein bestehendes pactum gentilitium erachtet, und es beruhen die beigebrachten Stammtafeln, nach denen mit ihm der Stamm U. erloschen, in Wahrheit — das Gegentheil zu behaupten ist man wenigstens zur Zeit nicht berechtiget — so kann er nach dieser Urkunde und hat er nach aller Wahrscheinlichkeit in Gemässheit derselben die Nähe also haben bestimmt wissen wollen, dass nicht einzelne Individuen, sondern die Stämme R. und D. für seine nächsten Agnaten gelten und an diese Stämme — m. s. die vorstehend unter d. wörtlich angegebene Disposition — vorgeschriebener Maasse die Vertheilung erfolgen sollte, wobei noch folgender Umstand zu berücksichtigen ist:

Der Testator hat, indem er die nächsten Agnaten berief, allem Anscheine nach nicht an den Fall gedacht, dass es einen einzigen nächsten gäbe, obschon dieser Fall, der allem Ansehen nach durchaus nicht dann sich ereignen kann, wenn jene Stelle der Urkunde in Anwendung gebracht wird, sehr leicht eintreten und auch dem Testator diese Möglichkeit nicht entgangen sein könnte, falls die Nähe als erweisbar in Folge der Abstammung von einem und demselben stipes communis gedacht wird.

Hiermit erscheint der zweite Satz des alternativ vorgeschriebenen Beweisthema's gerechtfertiget, das man so allgemein wie geschehen zu fassen sich um deswillen

bewogen gefunden hat, weil jedem Beweisführer unbenommen sein muss, den Grund seines Anspruchs durch Beweismittel darzuthun, die formell und materiell sich nicht blos auf die bereits producirten Urkunden und angezogenen schriftlichen Nachrichten beschränken, somit aber nicht im voraus bestimmt werden mag, wie der Anspruch sich in seinen factischen Grundlagen modificiren dürfte, während derselbe jedenfalls wesentlich nur darauf beruhen kann, dass der Testator, indem er das Fideicommis nächsten Agnaten beschieden, mit dieser Bezeichnung eine andere Vorstellung als diejenige verbunden habe, die man nach gewöhnlichem Sprachgebrauche damit zu verbinden hat, und dass, sobald man die Worte in dem Sinne des Testators auffasst, der Beweisführer sich als einen solchen zu prädiciren berechtiget sei.“

§. 4.

Uebersicht der in den vorstehend mitgetheilten Entscheidungen angewendeten, für die Praxis erheblichen Sätze.

Jene Sätze, und insoweit es angemessen sein kann, eine Erörterung derselben erst hier folgen zu lassen, schien dem Verfasser zweckmässig, weil jeder Rechtssatz und was man über denselben sagen kann, sich um so besser veranschaulicht, je mehr er durch die Praxis in die Erscheinung getreten ist.

1) Den Klägern eine von dem grammatischen Sinne der testamentarischen Disposition abweichende Willensmeinung des Testators erweisen zu lassen, hat man theoretisch Recht oder Unrecht gehabt, je nachdem dasjenige, was über l. 7. §. 2. de supellectile leg. S. 183. und 184. gesagt worden, sich in dem vorliegenden Falle treffend oder nicht treffend angewendet findet. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob jemand, der seiner Besinnung und der deutschen Sprache mächtig war, die Worte: „meine nächsten Agnaten sollen erhalten“ als das Mittel betrachten konnte, wodurch

in dem Leser gegebenen Umständen nach die Vorstellung könnte hervorgerufen werden, „erhalten sollen diejenigen Personen, welche von solchen abstammen oder solche sind, die ich oder einer meiner Vorfahren in irgend einer Beziehung, wo in dem Numerischen Geschlechte die Agnation zur Sprache gekommen, als Agnaten betrachtet haben, und da das Geschlecht auch von mir angenommener Weise in drei Stämme zerfällt, und mein Stamm ausgestorben ist, so soll man einem Familienvertrage nachgehen, welcher für den Fall, dass einer von jenen Stämmen ausgestorben wäre, bestimmt hat, es solle unter die fünf Haupthäuser der beiden andern Stämme nach Häupterzahl der in dieselben eingehörenden am Leben befindlichen Personen gleich getheilt und gesondert werden.“ Ueber diesen zweiten Beitrag zu Num. VII. S. 112. flgd. verbreitet sich der Verfasser nicht weiter, da es ihm nur auf den Rechtssatz, nicht darauf ankam, wie man in einem einzelnen concreten Falle ein gegebenes Verhältniss unter denselben subsumirt hat. Ferner

2) ist (m. s. S. 269 unter c.) angenommen worden, dass, wenn jemand die Proximität seiner Agnation zu einem Erblasser darzuthun habe, solchenfalls der Beweis des Grades der Agnation und zugleich die negative Gewissheit genüge, dass niemand einen näheren Grad der Agnation darzulegen vermocht habe. Darüber findet der Verfasser weiter etwas nicht hinzuzusetzen. Das praktische Bedürfniss scheint diese Annahme zu empfehlen. Zweckmässig aber dürfte eine nähere Erörterung derjenigen Ansichten sein, nach welchen man im Interesse der unbekannten Fideicommissare das denselben beschiedene Vermögen unter eine Curatel gestellt und zugleich im Interesse der Successoren des Fiduciars die Edictalladung jener Fideicommissare für statthaft erachtet, und dieser Ladung die Wirkung beigelegt hat, dass der erweislich nächste, der sich nicht im Termine gemeldet haben sollte, zwar zu präcludiren, nicht aber auch an dessen Stelle der zu treten befugt

sei, welcher der nächste unter denjenigen sein sollte, die sich im Edictaltermine gemeldet hätten.

§. 5.

Ueber die theoretische Zulässigkeit der Curatel, welche in dem vorliegenden Falle dem fideicommittirten Vermögen bestellt wurde.

Unbestreitbar ist es, dass eine hereditas jacens unter Curatel gestellt werden darf. Unbestreitbar ist dies, weil auf solche Weise nur den unbekannten Interessenten genüzt, niemandem aber etwas entzogen wird. In dem vorliegenden Falle finden wir aber keine hereditas jacens, sondern es ist das Verhältniss der Natur der Sache, und nach der im neueren Rechte gegebenen Gleichstellung von Legaten und Particularfideicommissen im Wesentlichen ganz das nämliche, als wenn wir einerseits einen eingesetzten Erben und zugleich einen Legatar hätten, dem unter einer gewissen, nach des Testators Ableben realisirten Bedingung, die Rittergüter, das halbe Mobiliar und 50,000 Thlr. von des Testators Vermögen wären legirt worden, zugleich aber Ungewissheit darüber obwaltete, ob das als Legatar bezeichnete Individuum existiren und als solcher sich zu legitimiren im Stande sein sollte. Würde man nun wohl berechtiget sein, wenn der Erblasser Titius den Cajus zum Erben eingesetzt und zugleich den Lucius, einen vor Jahren in die weite Welt gegangenen Vetter, mit einem Legate bedacht hätte, dem Erben das legirte Vermögen vorläufig zu entziehen und dasselbe unter eine Curatel zu stellen, anstatt dem Erben den ungeschmälerten Besitz der Erbschaft so lange zu lassen, bis sich der Legatar melden und von dem Erben das Legat fordern werde.

Was die Praxis des vormaligen K. S. App.-Ger. in dem vorliegenden Falle angenommen hat, führt zu der Consequenz, dass man im Interesse eines jeden, dem etwas durch eine letztwillige Verordnung angefal-

len ist, das Object der Verordnung unter Curatel zu stellen habe, sobald darüber Ungewissheit obwaltet, ob er existire und sich zu legitimiren im Stande sei. Man hat gesagt — s. S. 261. — wie der Privatmann befugt sei, die erbschaftlichen Interessen eines Unbekannten sicher zu stellen, so sei die Obrigkeit dazu verbunden. Ueber jenes Befugniss des Privatmannes lässt sich nicht streiten*).

Allein sobald der Privatmann wahrnähme, dass ein Erbe mit einem bedeutenden Legate onerirt und die Möglichkeit vorhanden sei, dass der Legatar sich erst spät oder gar nicht melden sollte, weil ihm die Existenz des Legates unbekannt oder die Legitimation unausführbar bleiben kann, so würde der Privatmann nicht mehr thun können, als dass er suchte die Kunde von der Existenz des Legates zu dem Legatar gelangen zu lassen und demselben mit allem an die Hand zu gehen, wodurch die Legitimation sich erleichtern könnte. Nicht würde er aber befugt sein, um blosser Eventualitäten willen den Erben aus dem Besitze zu verdrängen. Jene

*) L. 3. §. 6. de negot. gestor. (3. 5.) ist zu Unterstützung des Satzes einigermaassen befremdender Weise allegirt. Dies Fragment hat eine ganz andere Beziehung. Aus der negot. gestio gab man dem gestor eine Klage gegen den abwesenden dominum negotii. Allein es konnte sich der Fall ereignen, dass, genau genommen, Niemandes Geschäft gleichzeitig mit der negot. gestio war geführt worden, was namentlich dann geschah, wenn Jemand im Interesse einer hereditas jacens thätig geworden und also erst ex post, nachdem der Erbschaftsantritt erfolgt war, ein dominus negotii eintrat. Um auch in einem solchen Falle die Klage des Geschäftsführers begründet zu machen, wurde das prätorische Edict gefasst, wie wir es in l. 3. pr. tit. all. lesen, Ait Praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque quum is moriretur fuerint gesserit, judicium eo nomine dabo. und hierüber verbreitet sich §. 6. cit. Haec verba: sive quis negotia, quae cujusque, quum is morietur fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit. De quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus, et fetus, et fructus, vel si quid servi acquisierint, etsi his verbis non continetur, pro adjecto tamen debet accipi.

Zusammenstellung von Befugniss des Privatmannes und Berechtigung des Richters führt also nicht zu dem Resultate, wozu man sich durch dieselbe hat führen lassen. Man hat ferner gesagt: überhaupt habe sich in Verbindung mit der cura absentium die Maxime gebildet, das Interesse noch in suspenso schwebender Erbrechte sicher zu stellen; und dabei hat man sich auf Hänsel, Bemerkungen und Excurse zu dem im Königreiche Sachsen gültigen Civilrechte Abthl. III. S. 506. u. 507. bezogen. Es verlohnt sich der Mühe, hier wörtlich zu wiederholen, was Hänsel am a. Orte sagt*). Dem Verfasser scheint damit, dass der Richter eines Abwesenden Vermögen zu verwalten, die Rechte eines Abwesenden und seiner Erben sicher stellen darf und soll, auch nicht einmal analog ausgesprochen zu sein, dass er eines Erben Eigenthums- und Besitzrecht unter-

*) „In dem römischen Rechte kommen allerdings Spuren einer cura absentis vor, die entweder zu Gunsten des Abwesenden selbst, namentlich, wenn derselbe in feindlicher Gefangenschaft sich befand, l. 1. §. ult. D. ad municip. l. 15. pr. §. 1. D. quib. ex caus. major. l. 6. §. 4. D. de tut. oder der gesetzlichen Erben; d. l. 6. oder auf Instanz der Gläubiger, die nur gegen einen latitirenden Gläubiger missio in bona aber ohne das Befugniss der Veräusserung erlangen konnten, l. 6. §. ult. D. ex quib. c. in poss. l. 3. C. de postlim. revers.; aber immer nur von dem magistratus angeordnet ward und als cura bonorum erschien; vergl. Glück XXXIII. §. 1397. S. 262. Allein in dem gemeinen deutschen Recht hat sich aus den Meinungen und Ansichten der Rechtslehrer eine cura absentis für den Fall, dass der Abwesende zugleich ein Verschollener ist, herausgebildet, so dass man nach demselben eine doppelte cura absentis unterscheiden kann und muss, a) die cura absentis, deren Zweck ist, die Rechte des Abwesenden zu schützen. Sie unterscheidet sich nicht wesentlich von dem, was im Allgemeinen über Vormundschaft überhaupt und namentlich über cura absentis bemerkt worden ist, und ist dadurch, dass der Abwesende verschollen sei, keinesweges bedingt. b) die cura absentis, welche zunächst die Rechte der muthmasslichen Erben berücksichtiget, und dieselben provisorisch in den Besitz des Vermögens des Abwesenden setzt, bis der wahre, oder vermöge Präsumtion für wahr anzunehmende Tod desselben nachgewiesen worden ist. Diese cura setzt allemal voraus, dass der erfolgte Tod des Abwesenden wenigstens wahrscheinlich sei. Das Wenigste, was man erlangen kann, ist, dass der Abwesende verschollen sein müsse.“

brechen dürfe, damit, wenn ein Legatar existiren und sich legitimiren sollte, die Wirkung der Meldung und Legitimation um so schneller und gesicherter eintrete. Hiernächst hat man sich auf l. 29. de negot. gest. bezogen *).

Allein auch dies Fragment scheint nicht zur Analogie gezogen werden zu können. Denn der postumus nondum in lucem editus ist um nichts weniger ein schon existirendes Subject von Rechten und Verbindlichkeiten. Im vorliegenden Falle war es ja aber noch ungewiss, ob ein solches Subject vorhanden und in der angegebenen Qualität sich zu legitimiren im Stande sei.

Nach alle dem könnte man sich fragen, ob nicht der Name Fideicommis, der überhaupt in der Praxis häufig mit einer gewissen magischen Kraft zu wirken pflegt, zu Annahmen verleitet habe, die, weil sie weder direct durch Gesetze und eben so wenig durch einen bereits entschiedenen Gerichtsbrauch zu rechtfertigen waren, letzteren erst herbeiführte? Doch ist mit dem gedachten Gerichtsbrauche jedenfalls noch nichts darüber entschieden, in welchem Umfange man die eventuelle Wirksamkeit letztwilliger Verordnungen auf eine, das Eigenthums- und Besitzrecht der Erben nicht eben günstig modificirende Weise sicher stellen dürfe, und ob jedes — die Consequenz könnte dies zu erfordern scheinen — möglicherweise durch eine letztwillige Verordnung hervorgerufene Recht unter Curatel gestellt und das Object desselben prophylaktisch dem Erben entzogen werden dürfe.

§. 6.

Ueber der Edictalladung Zulässigkeit in dem angegebenen Falle.

Die Frage dahin gestellt, ob das Object des Fideicommisses unter Curatel zu stellen war oder nicht, fragt

*) Cum pater testamento postumo tutorem dederit, isque tutelam interim administraverit, nec postumus natus fuerit, cum eo non

es sich weiter, konnte auf Antrag der Erben des Titius, des Fideicommiscurators oder dritter Personen, welche um deswillen ein Interesse dabei hatten, weil sie Agnaten zu sein behaupteten und Hoffnung hegten, dass sich keine näheren finden würden, mit der Edictalladung verfahren werden? So richtig es einerseits ist (m. s. S. 269.), dass die testamentarische Verfügung nicht durch die Edictalladung dergestalt aufgehoben werden konnte, dass man dem Testator als nächsten Agnaten obtrudiren durfte denjenigen, welcher unter den im Edictaltermine erschienenen der nächste sein würde, wenn erweislich ein anderer noch näherer ausgeblieben wäre, (denn den nächsten Agnaten, nicht demjenigen sollte das Fideicommis beschieden sein, welche unter gerichtlich sich anmeldenden der nächste sein würde), so fragt es sich doch andrerseits, ob man nicht, indem man Edictalien mit der Wirkung erliess, dass des wirklich nächsten Nichterscheinen im Edictaltermine ihn präcludiren und um das Recht auf Perception des Fideicommisses bringen sollte, diesem Rechte zu nahe trat? Denn dem wirklich nächsten Agnaten die lange Verjährungszeit benehmend, deren er sich hinsichtlich der Klage aus dem Testamente erfreute, substituirte man die viel kürzere des Edictaltermines. Man hat sich auf Haase über Edictalladung und Edictalprocess ausserhalb des Concurses (Leipzig 1817.) S. 75. flgde. bezogen. Dieser findet es in Conformität zu dem Gesetze zulässig, Edictalien wegen Fideicommissen zu erlassen, „wenn

1) derjenige, dem der Erbe die Erbschaft oder einen Theil derselben ausantworten sollte, mit Tode abgeht, ehe ihm das Fideicommis ausgeantwortet, jedoch nachdem das Recht, die Ausantwortung zu fordern, auf seine Erben bereits übergegangen, dabei aber zugleich

tutelae, sed negotiorum gestorum erit agendum. Quodsi natus fuerit postumus, tutelae erit actio, et in ea utrumque tempus veniet, et quo antequam nasceretur infans gessit, et quo posteaquam natus sit.

ungewiss oder unbekannt ist, wer sein nächster oder einziger Erbe sei;

2) wenn der Inhaber eines Familienfideicommisses verstorben und ungewiss ist, entweder ob überhaupt jemand existire, der noch darauf Anspruch machen könne, oder wer unter mehreren Personen die vorzüglicheren Ansprüche habe;

3) wenn der präsumtiv letzte Inhaber eines Familienfideicommisses darüber Gewissheit zu erlangen wünscht, ob wirklich niemand vorhanden sei, der nach seinem Ableben wohl Anspruch auf das Fideicommis machen könne.“

Der zweite und der dritte der eben bemerkten Fälle lassen mit dem vorliegenden sich gar nicht zusammenstellen. Genau genommen aber auch nicht der erste, wie man dies ohne weitere Erläuterung sieht. Wollte man sagen, es macht keinen Unterschied, ob über den Fideicommiserben selbst — dies ist der vorliegende Fall — oder über die Erben des Fideicommiserben — dies ist der von Haase bemerkte erste Fall — Ungewissheit vorwaltet, denn der mit dem Fideicommisse onerirte Erbe hat in einem wie in dem anderen Verhältnisse das Interesse, in juristische Gewissheit darüber gesetzt zu werden, ob aus dem Testamente Ansprüche gegen ihn möglich sind oder nicht, so übersieht man, was der nämliche Rechtslehrer ebendas. S. 29. u. 30. sagt: „Nun ist es zwar ein sogar auf das natürliche Recht „gegründeter Satz, dass in der Regel niemand wider „seinen Willen zur Anstellung einer Klage genöthiget „werden kann, sondern jedem Berechtigten frei stehen „muss, so lange, als ihm beliebt, und nicht etwa die, „durch Gesetze eingeführte Verjährung einen Verlust „fürchten lässt, mit der Verfolgung seines Rechtes an„zustehen, mithin der Verpflichtete denselben durch „eine Aufforderung zur Klage keinesweges in die be„dingte Nothwendigkeit, entweder sein Recht zu ver„lieren, oder wirklich zu klagen versetzen kann, viel„mehr eine solche beabsichtigte Einschränkung oder

„Aufhebung fremder Rechte in der Regel unwirksam „bleiben muss; allein, so ausgemacht dieses an sich „selbst ist, eben so gewiss ist auf der anderen Seite, „dass dem Gesetzgeber das Recht zugestanden „werden müsse, aus Rücksichten, welche ihm wichtig genug scheinen, jene Regel zu beschränken, und „gewisse Ausnahmen von derselben, freilich aber mit „möglichster Berücksichtigung und Schonung fremder Rechte, festzusetzen. Ja, so „sehr auch bei Feststellung solcher Ausnahmen blos „das unverkennbare, und mit der Billigkeit „vereinbare Interesse des Staates und einzelner Bürger leitende Idee sein darf, so wenig ist zu leugnen, dass es Fälle giebt, in welchen, „eben aus jenen Rücksichten, Edictalaufforderungen „fast unentbehrlich werden.“

Nach diesen Worten ist der genannte Rechtslehrer der Ansicht: Niemanden darf man um die gesetzliche Verjährungszeit bringen, dem sie nicht der Gesetzgeber selbst ausnahmsweise entzogen hat; und demnach fragt es sich, ob mit Edictalladung dürfe verfahren werden, wenn Jemand nächste Agnaten mit einem Particularfideicommisse oder Legate bedacht hat, und es ungewiss ist, ob Agnaten desselben existiren oder doch, sollten dergleichen auch wirklich existiren, irgend einer sich als nächster sollte legitimiren können.

Dies möchte der Verfasser unbedenklich verneinen; und hierbei zu verweilen ist vielleicht, auch abgesehen von dem vorliegenden Fall, um deswillen nicht unwichtig, weil die Praxis mehr und mehr eine die Vorschriften über Edictalladungen über ihre ursprüngliche Bestimmung ausdehnende Anwendung derselben einführen zu wollen scheint. Wenigstens ist dem Verfasser, als vorliegender Aufsatz zur Abgabe in den Druck niedergeschrieben wurde, des Herrn Dr. Georg Eduard Schmidt neulichst erschienene commentatio ad legem cit. Leipzig und Dresden 1840. zugekommen, welche es nöthig gefunden hat,

mit Gelehrsamkeit und Scharfsinn die Meinung zu bestreiten, dass dem Erben zu verstatten sei, Legatare, die entweder der Existenz halber oder in Rücksicht auf den Ort ihres Aufenthaltes unbekannt sind, edictaliter vorladen zu lassen*). Der Verfasser, der im Wesentlichen ganz mit dem Herrn Dr. Schmidt übereinstimmt, bemerkt hinsichtlich der aufgeworfenen Frage, dass einerseits die Wahrheit, ein gesetzliches Recht darf Niemandem abgesprochen werden, dem dasselbe nicht ausnahmsweise von dem Gesetze selbst abgesprochen ist, welche Wahrheit keinesweges blos auf das Object

*) Ueber den Fall, durch den die commentatio ist veranlasst worden, s. m. dieselbe pag. 33. u. 34. not. 53.

Hanc quaestionem, quod nos quidem reperimus, solus Hering in Diss. inaug. de causis citat. edict. Vitemb. 1791. sed obiter tantum tetigit, eandemque negat. Verba, quae hac de re fecit, solummodo haec sunt: „— inprimis cum legatarii et fideicommissarii in ultima voluntate nominibus suis appellentur, ideoque, cum certi sint, si regulam sequimur edictaliter non vocentur.“

Eandem sententiam, assentiente quidem Provinc. Provocat. Senatu, in rescripto d. d. 13. m. Sept. 1839. judicium urb. Dresd. in ordinanda hereditate Guilielmi Augusti a Kamiensky secutum est. In praefectura Dresdensi accidit, ut quis filiolis suis baptismalibus quinquagenos imperiales legasset, neque vero eorum nomina, ne numerum quidem, indicasset. Quam profecto contortam atque impeditam rem judex ita est aggressus, ut hos heredi plane ignotos legatarios edictalibus evocaret, addita comminatione: eorum, qui diem praefixum non sequerentur, legatis cautione ab herede praestanda non amplius prospectum iri (conf. Dresdner Anzeiger d. d. 15. m. Septbr. et 1. Novbr. 1839.). Huic autem procedendi modo album calculum adjicere nolimus: primum, quod judici sine lege (Kind l. 1. Tom. 2. cap. 48. Hommel Rhaps. quaest. obs. 583.) vel absque praevia sententia decretove (Leyser, med. ad Pand. spec. 277. §. 2. Wernher, obs. for. Tom. 1. obs. 265. et supplem.) praejudicium inducere minime licet; deinde, quod ita in suspenso relinquitur, utrum judex praejudicium, quod laudata lege introductum est, in causa, de qua quaestio est, statuat nec ne.

Quae supra disputavimus omnino suadent, ut hoc loco heredi filiolos baptismales edictaliter sub praeclusionis praejudicio evocandi jus competat, quoniam, etsi quantum unusquisque eorum legati nomine ex hereditate accipiat ex testamento intelligere licet, tamen, quid his omnibus in universum debeatur, plane non constat, ideoque heres inventarium, sub cujus tutela ac praesidio hereditatem adiit, conficere non poterit.

des Rechtes, sondern auch auf die Dauer derjenigen Zeit zu beziehen ist, binnen welcher von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht zu haben, dem Berechtigten unschädlich sein soll, andererseits die Wahrnehmung, dass in dem angezogenen Mandate speciell die Fälle verzeichnet sind, in welchen ausserhalb des Concurses Edictalien sollen erlassen werden können, unter keinem derselben aber der in Frage gestellte sich subsumiren lässt, ihm auszureichen scheinen, die Präclusion derjenigen sehr bedenklich zu machen, welche in dem, das gedachte Fideicommis betreffenden Edictaltermine nicht erschienen waren. Aller bei den Acten bekannt gewordener Interessenten übereinstimmende, auf Erlass der Edictalien gerichtete Willensmeinung hat jenem Rechte dritter Personen nichts entziehen können, und soll es denselben entzogen sein, so kann man die res judicata nicht als solche — denn gegen Interessenten, welche in den Acten gar nicht sind bekannt geworden, ist eben darum auch nichts judicat — sondern nur als von dem vormaligen K. S. App.-Ger. angenommenen Gerichtsbrauch geltend machen, welchen beizubehalten nicht unbedenklich sein dürfte; denn für keine, in dem Sinne §. 10. S. 148. flgde. von dem Richter ausgegangene Fortbildung des Rechtes kann er gelten. Niemand wird im Allgemeinen den Satz aufstellen wollen: angemessen und zweckmässig ist Edictalien zu erlassen, sobald in irgend einem Rechtsverhältnisse ein Interesse eintritt, die Existenz unbekannter Personen ausgemittelt zu sehen. Auch wird niemand eine specielle Beziehung entdecken, nach welcher man jenen Satz da vertheidigen möchte, wo die Existenz von Legataren oder mit einem Particularfideicommis bedachten Personen in Frage gestellt ist. Die Erlassung von Edictalien in einem solchen Falle läuft des Gesetzgebers deutlich erklärter Absicht entgegen.

Er sagt: — m. s. C. A. C. II. Th. II. S. 369. — Es sei in den Fällen, wo ausserhalb des Concurses zum Behufe der Cassation alter Hypotheken oder sonst in Civilsachen die Edictalcitation unbekannter Interes-

senten gesucht und bewilliget worden, über die rechtliche Wirkung sothaner öffentlicher Vorladung Zweifel entstanden, und das dieserhalb eingeholte rechtliche Erkenntniss verschiedentlich ausgefallen. Dann fährt er fort:

„Wenn denn aber dem gemeinen Wesen allerdings „daran gelegen, dass das Vermögen derer Landesein- „wohner und sonderlich das Eigenthum unbeweglicher „Güter und Grundstücke in möglichste Gewissheit ge- „setzet, folglich auch dererselben Besitzer gegen alle „wahrscheinlicherweise durch Zahlung bereits abgethane, „oder sonst erloschene Realansprüche, wie bei Subhasta- „tionen ohnehin geschiehet, sicher gestellt werden, „hierbei jedoch darauf, dass dem unbilligen Verluste „rechtmässiger Forderungen hinlänglich begegnet werde, „ebenfalls Bedacht zu nehmen sein will; als finden wir „der Nothdurft hierdurch zu verordnen: dass die Er- „lassung der Edictalcitationen in Civilsachen, auch „ausserhalb des Concursus creditorum insbesondere „in solchen Fällen statt finden soll.“

Er will also dem unbilligen Verluste rechtmässiger Forderungen begegnen. Mehr als unbillig ist es aber wohl, wenn Jemand der Convenienz eines andern willen um die gesetzliche Verjährungszeit gebracht wird. Eine entgegenstehende Billigkeit, mit andern Worten — m. s. den angezogenen §. 10. — eine Rechtmässigkeit, jemanden durch Edictalcitationen um eine rechtmässige Forderung zu bringen, findet der Gesetzgeber nur in den Fällen, wo ausserdem das Vermögen der Landeseinwohner und sonderlich das Eigenthum unbeweglicher Güter und Grundstücke ungewiss bleiben würde, und der Besitzer gegen wahrscheinlich abgethane Ansprüche nicht sicher gestellt sein würde. Solche Rücksichten treten nicht ein, wenn ein Erbe mit einem Legate oder Particularfideicommis beschwert ist, und die dazu berufenen Personen unbekannt sind. Der Erbe ist und bleibt unbestreitbar Eigenthümer, selbst wenn man den Gegenstand prophylactisch unter eine Curatel stellt, bis sich jemand

meldet und legitimirt. An eine Ungewissheit des Eigenthums ist nicht zu denken, und noch weniger an eine Wahrscheinlichkeit, dass der Anspruch abgethan oder sonst erloschen sei, vielmehr spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Testator wirklich existirende Personen honorirt habe; und wodurch könnten die bereits honorirten Personen ihr Recht verloren haben?

XIII.

Zu l. 1. pr. de A. E. V. als Beitrag zur Critik der herkömmlichen Ansichten von dem id quod interest.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen.

Der Verfasser hat S. 124. an die Sachverständigen das Anliegen gerichtet, ihn über die Theorie von der juristischen Auslegung zu belehren und, damit er zugleich einen Maasstab für den Umfang gäbe, in welchem er diese Belehrung könnte nöthig haben, seine bisherigen Ansichten über juristische Auslegung zu entwickeln gesucht. Mit einem ähnlichen Anliegen eröffnet er den gegenwärtigen, in ähnlicher Absicht ausgearbeiteten Aufsatz. Tief nämlich liegt noch im Argen die Theorie von der praestatio ejus quod interest, was, da kaum eine Lehre so umfassend und practisch wie diese ist, ein auffallendes Beispiel für die Leichtigkeit abgiebt, womit Theorie und Praxis sich zufrieden gestellt finden. Dem Verfasser hat immer in Beziehung auf das i. q. interest die Ueberzeugung festgestanden, dass die röm. Juristen darüber sich gewiss nicht nur in höchster Klarheit befunden haben, sondern auch diese Klarheit das Ergebniss der einfachen und durchgreifenden Methode gewesen ist, nach welcher sie das i. q. interest behandelten. Denn obschon es nicht an Fragmenten fehlt, welche einander anscheinend widersprechen*), so

*) Z. B. l. 21. §. 3. de act. emt. vend. (19. 1.) Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris

sieht man es doch allen diesen Stellen an, dass deren Autoren damit weder eine Polemik zu üben noch eine Polemik gegen sich hervorzurufen beabsichtigten. Von jener Ueberzeugung ausgehend, will der Verfasser in einer möglichst isolirten Beziehung auseinandersetzen, wie in dieser ihm die röm. praestatio ejus quod interest scheint festgestellt worden zu sein. Wird er widerlegt, so soll es ihm zur Warnung dienen, weitere schriftstellerische Bemühungen auf eine Materie zu verwenden, bei der er gleich im ersten Angriffe fehl gegriffen hat: wird er hingegen nicht widerlegt, so hat er einen festen Punkt und damit den Muth gewonnen, die Theorie von dem i. q. interest durchzuführen, ein Unternehmen, das allerdings nur das gesammte Rechtsgebiet zur Grenze hat, jedoch, wenn sich der Verfasser nicht hier-

in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur. Nec enim major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia, si datum esset, haberet emtor, quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

l. 2. §. 8. de eo q. c. loco (13. 4.) Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat? ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loco, quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. Julianus, Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere, itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid, si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

l. ult. de peric. et commodo rei venditae (18. 6.) Venditori si emtor pretio solvendo moram fecerit, nsuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto, ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit.

bei im Voraus über die Einfachheit des röm. Rechtes täuscht, recht wohl in Abhandlungen ausgeführt werden kann, deren Ausdehnung die räumlichen Bedingungen eines Werkes, wie das vorliegende, nicht übersteigen wird.

§. 2.

Die zu beantwortende Frage und deren Stellung in der Theorie zur praestatio ejus quod interest überhaupt.

Es ist nicht sprachwidrig, unter id quod interest jede Differenz, und also auch jeden Schaden zu begreifen. Allein man sieht sofort, dass es einen Unterschied machen wird, ob ein Verlust durch ein positives oder durch ein negatives Factum entsteht; durch ein Thun oder durch ein Unterlassen.

Ersteres wird ersatzpflichtig machen, insoweit es in die Categorie verbotener Handlungen fällt, letzteres nur insoferne, als entweder nach einer gesetzlichen oder auf Vertrag beruhenden Verbindlichkeit jemandem obliegt, zu thun, was das Interesse eines anderen mit sich bringt. Bleiben wir bei der durch einen Vertrag gegebenen Verbindlichkeit stehen, etwas in eines anderen Interesse zu thun, wo also die praestatio ejus quod interest auf Ersatz dafür hinausläuft, dass nicht geschehen ist, was da hätte geschehen sollen, d. h. die Erfüllung der Verbindlichkeit unterblieben ist, so wird die Erfüllung zwar, wie schon gedacht, allemal auf ein Thun hinauslaufen, jedoch mit dem Unterschiede, dass nicht jederzeit das Thun an sich der Zweck ist, sondern dasselbe in einem Geben bestehen und also den Zweck haben soll, dass eine Sache entweder unter gewissen Beschränkungen oder ohne Beschränkungen, entweder unentgeldlich oder entgeldlich in eines anderen Vermögenssphäre übergehe.

Wenn wir uns nun zunächst mit dem i. q. interest bei dem Kaufcontracte, als demjenigen beschäftigen, welcher Eigenthum entgeldlich zu übertragen bestimmt ist, und gegenwärtig nur die Frage aufwerfen:

worinne besteht das i. q. interest, wenn die Uebergabe der Sache gar nicht oder verspätigt erfolgt?

so ergiebt sich, wie l. 1. pr. cit. zu dem festen Punkte gemacht werden kann, von dem eine vielleicht dereinst abgeschlossene Theorie über die röm. praestatio ejus quod interest ausgehen darf.

§. 3.

Das Ungenügende der gewöhnlichen Ansicht.

Nicht um zu polemisiren, sondern dem Leser zu veranschaulichen, dass es um die herkömmliche Theorie seltsam genug steht, und ihr eine andere zu substituiren ein schon um des Zweckes willen beachtenswerthes Unternehmen ist, mag hier aus dem neuesten Werke über den Kaufcontract die nachstehend abgedruckte Stelle einen Platz finden.

Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, v. Dr. Georg Carl Treitschke. Leipzig, 1830. §. 63. S. 140 — 142.

„Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe über die verabredete oder gesetzliche Zeit zögert, so muss er den Käufer wegen der Folgen dieses Verzugs entschädigen. Die Entschädigung erstreckt sich nicht nur auf den mittlerweile etwa gesunkenen Preis der Waare*), sondern auch auf die Nutzungen, die er davon hätte ziehen, und den Gewinn, den er durch ihren Verkauf, wegen allgemein gestiegenen Preises oder besonderer ihm vorgekommener Gelegenheit hätte machen können**). Es ist also denkbar, wenn es gleich nur sehr selten vorkommen

*) fr. 3. §. 3. D. de A. E. V. 19. l.

**) fr. 1. pr. D. eod. — c. 4. 10. 12. C. eod. 4. 49. Nicht entgegen steht l. 21. §. 3. D. eod. Denn ex vino negotiari et lucrum facere heisst sowohl nach dem Wortsinne als nach dem Zusammenhange nicht blos: diesen Wein verhandeln und davon gewinnen, sondern: mit dem Wein einen Weinhandel anfangen und dadurch, also nach und nach durch eine Folge von Verkäufen, Einkäufen und Wiederverkäufen, Gewinn machen; deutet also auf entzogenen mittelbaren Gewinn, eben so wie das gleich folgende Beispiel auf zugezogenen mittelbaren Schaden.

kann, dass die zu leistende Entschädigung den Kaufpreis selbst erschöpfe, wenn nämlich die Waare allen Werth verliert, oder, nachdem sie in der Zwischenzeit auf hundert Procent gegen den Kaufpreis gestiegen ist, um eben so viel wieder fällt; ja denkbar, dass der Verkäufer über unentgeldliche Hingabe der Waare noch etwas herauszahlen müsse; wenn nämlich dieses Wiederherabsinken des Preises mehr als das Kaufgeld beträgt. Hingegen kommt mittelbarer Schaden oder entzogener mittelbarer Gewinn nicht in Anschlag, wie z. B. wenn ein Rosshändler, dem erkaufter Hafer nicht geliefert worden, dafür Entschädigung fordern wollte, dass seine Pferde nun aus Mangel an Futter unscheinbar und unverkäuflich geworden, oder wenn der Käufer Ersatz des Gewinnes forderte, den er mit dem aus dem Verkauf der Waare zu lösenden Gelde durch neue Geschäfte machen gekonnt hätte. Ist in der Zwischenzeit weder Gewinn an der Waare zu machen gewesen, noch deren Preis gesunken, so kann von Schaden und Schadloshaltung nur dann die Rede sein, wenn der Kaufpreis bereits bezahlt ist. Dann muss der Verkäufer von dessen Empfange an Verzugszinsen davon zahlen, was jedoch dann auch wegfällt, wenn die verkaufte Sache Nutzungen gewährt, und er diese auf die Zwischenzeit erstattet.“

Wir verbinden damit nur diejenigen Bemerkungen, welche nöthig sind, einer solchen Dogmatik und ihrer exegetischen Grundlage sich genauer bewusst zu werden.

Nach Treitschke gelten folgende Vorschriften:

1) der Verkäufer entschädigt für die verspätigte Uebergabe, indem er dem Käufer vergütet

a) den mittlerweile etwa gesunkenen Werth der Waare,

b) die Nutzungen, die jener davon hätte ziehen können,

c) den Gewinn, den der Käufer durch ihren Verkauf wegen allgemein gestiegenen Preises oder besonderer ihm vorgekommener Gelegenheit hätte machen können.

Also, wie auch der angezogene Rechtslehrer selbst bemerkt, wenn die Waare, die für 100 Thlr. ist gekauft worden, um 10 Pr.Ct. gefallen ist, so wird nach der Position unter a) der Käufer nur noch 90 Thlr. zahlen, oder daferne er den Verkäufer schon bezahlt hat, von diesem 10 Thlr. herausbekommen, ja ersterer gar nichts bezahlen oder der bezahlte Verkäufer alles wieder an ihn herauszahlen müssen, sobald die Waare ganz werthlos sollte geworden sein; und zu so einem totalen Nichtbezahlen oder Wiederherausbezahlen kann es nach der Position unter c) auch dann kommen, wenn die Waare um 100 Pr.Ct. gestiegen und um eben so viel wieder gefallen ist; endlich kann der Verkäufer der Waare uoch Geld zulegen müssen, wenn sie bei der endlichen Uebergabe auf dem Kaufpreise steht, vorher aber über dem alterum tantum gestanden hat.

2) Mittelbarer Schaden oder entzogener mittelbarer Gewinn (beide erläutert durch die gegebenen Beispiele) werden nicht ersetzt.

3) Wenn die Waare in der Zwischenzeit in keinem höheren Preise gestanden hat, so ist kein Schaden zu ersetzen, ausgenommen der Verkäufer hätte das Kaufgeld schon erhalten; alsdann muss er dieses von Zeit der Zahlung an bis zur Uebergabe der Sache verzinsen, es wäre denn, dass die Sache Nutzungen gewährt hat.

Ob nicht diese Sätze den Käufer in unzähligen Fällen ganz hülflos lassen würden, bleibe vor der Hand dahingestellt; denn darauf würde nichts ankommen, sobald das röm. Recht sie mit voller Evidenz und Bestimmtheit ausspräche.

Das aber ist nicht der Fall.

l. 1. pr. de act. emt. vend. lautet also:

Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est.

Niemand kann dies Fragment mit andern als folgenden Worten übertragen: im Fall unterbleibender Uebergabe wird auf das i. q. interest, d. h. auf dasjenige geklagt, was der Käufer durch den Nichtbesitz der Sache entbehrt. Dies ist manchmal mehr als der Kaufpreis, und dies dann, wenn der Käufer durch den Nichtbesitz der Sache mehr an seinem Vermögen entbehrt, als wieviel der Werth der Sache oder der Kaufpreis beträgt.

Also ist das Klageobject ein doppeltes,

a) im Gewissen der Kaufpreis,

b) im Ungewissen ein plus.

Dass Treitschke's Theorie ein anderes Resultat giebt, leuchtet ein. Denn nach dieser ist die Forderung null, wenn die Sache in der Zwischenzeit weder im Preise gestiegen noch gesunken ist und, im entgegengesetzten Falle, keine jedenfalls im voraus bestimmte Summe, sondern sie bemisst sich nach dem in der Zwischenzeit statt gefundenen Wechsel des Preises. Man kommt also in keinem Falle auf ein im voraus bestimmtes certum.

Von jener Zwischenzeit ist aber auch nichts in den Quellen zu befinden. M. s. l. 3. §. 3. eod. Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agitur.

Also der höchste Werth wird gefordert, den die Sache entweder zur Zeit des Kaufschlusses oder zu der Zeit hat, wo lis in condemnationem deducebatur.

Eben so in l. 4. de condict. triticiaria (13. 3.). Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum judicium acciperetur. Idemque juris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit; si de loco

nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus juris est.

Wie räthselhaft auch in vielen Beziehungen dasjenige ist, was die Fragmente von der condict. triticiaria besagen, so viel geht aus der citirten Stelle mit Bestimmtheit hervor, dass von einer Zwischenzeit (in dem citirten Fragmente a die inde, quo dari debebat bis zu dem judicio accepto) nicht die Rede ist.

Die aus dem Codex de A.E.V. (4. 49.) citirten Stellen beweisen ebenfalls nicht das mindeste für die in Frage gestellte Theorie. M. s. l. 4. Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

Hier findet sich gar keine Bestimmung über das i. q. interest.

l. 10. cod. ist gradehin gegen die bemerkte Zwischenzeit. Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud Praesidem provinciae convenire potes.

Man nehme den Fall: am 1. Juni soll ein Verkäufer Fleisch liefern und am letzten August wird er verklagt, weil er es nicht geliefert hat. Der Käufer soll hier erhalten, was es ihm ausmacht, das Fleisch nicht am 1. Juni erhalten zu haben. Will man hier den Preis vom letzten Juli zur Condemnationssumme machen, weil es an diesem Tage in höherm Preise stand, so entschädigt man den Käufer, wenn das Fleisch nicht in Schinken und Würsten bestanden hat, für einen Zeitpunkt, wo dasselbe ganz gewiss aufgehört hätte, für den Kläger ein Bestandtheil seines Vermögens zu sein.

Endlich l. 12. eod. Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerat comparatum, ad emtorem, ita commodum aucti pretii pertinet. Utque hoc verum est, sic certae qualitatis ac mensurae distracto vino, fidem pla-

citis servandam esse convenit. Quo non restituto, non pretii quantitatis, sed quanti interest emtoris competit actio. Die Stelle zerfällt in zwei verschiedene Propositionen, deren keine wesentlich auf ein Fallen oder Steigen des Werthes sich bezieht, wie es die grössere oder mindere Nachfrage auf dem Markte bedingt.

Habe ich — davon handelt die Stelle bis pertinet — aus des Titius Weinvorräthen das mit Num. 20. signirte Fass gekauft, so trage ich das periculum vini mutati; das commodum aucti pretii ist die vor der Uebergabe gesteigerte Qualität des Werthes, nicht der höhere Marktpreis, zu dem der Wein sogar bei verschlechterter Qualität sich hätte erheben können. Dies ergiebt sich daraus, dass nach dem Zusammenhange das commodum aucti pretii den Gegensatz von dem periculum vini mutati bezeichnen soll. Hier also würde die Summa condemnationis 100 Thlr. Kaufpreis und soviel Pr.Ct. sein, als, in Pr.Ct. bestimmt, der Wein sich gebessert hat.

Wenn jemand nicht certum vinum gekauft, sondern ein Weinhändler ihm einen Eimer 1811er Rheinwein zu liefern versprochen hat, so soll ebenfalls fides placitis servari. Was damit gemeint sei, ist nicht ausgesprochen. Hier scheint es allerdings Bedürfniss, den Marktpreis in Obacht genommen zu sehen, allein auf alle Fälle spricht die Stelle nicht von einem Zeitpunkt zwischen dem zur Lieferung bestimmten Tage und dem judicio accepto, auch ist zwischen Lieferungs- und Kaufsvertrag ein in der Natur der Sache liegender Unterschied.

In wieweit man dieses Unterschiedes ohngeachtet das i. q. interest gleichmässig beurtheilen dürfe, darüber weiter unten.

Endlich steht l. 21. §. 3. de act. emt. vend. gradezu der Rücksichtsnahme auf die mehrgedachte Zwischenzeit entgegen (m. s. S. 292.). Treitschke hat Unrecht zu behaupten, die Worte ex vino negotiari et lucrum facere hätten den von ihm angegebenen Sinn.

Man nehme l. ult. de periculo et commodo rei venditae, wo (m. s. S. 290.) von dem Verkäufer, dem das Kaufgeld nicht ist bezahlt worden, gesagt wird, auf mehr als Verzugszinsen könne er nicht Anspruch machen, wenn er auch ein negotiator und im Stande gewesen sein sollte, für das Geld Waaren einzukaufen und ex mercibus plus quam ex usuris quaerere, d. h. doch offenbar Gewinn aus dem Verkaufe von bestimmten, nämlich den mit einer speciellen Geldsumme erkauften Waaren ziehen. Die Präposition ex bezeichnet hier den bestimmten Gegenstand, aus dem der negotiator, indem er mit diesem Gegenstande negocirt, ihn verkauft, Gewinn zieht. Wird aber nicht darauf Rücksicht genommen, was aus dem Verkaufe der nicht übergebenen Sache hätte gelöst werden können, so ist damit auch ausgesprochen, dass die Preiserhöhung und Verminderung in der Zwischenzeit nicht in Betracht kommen kann.

So steht es um die gewöhnliche Theorie von dem i. q. interest, wenn man weiter nichts thut, als sie mit dem Inhalte der Quellen zu vergleichen. Noch bedenklicher wird sie, wenn man die Lage erwägt, in welche der Käufer dadurch versetzt wird. Man veranschauliche sie sich in folgendem Beispiele.

Am 1. Januar kauft A. von B. die Sache X. für 100 Thlr. B. übergiebt nicht. Nun klagt A. auf die Sache; dies wenigstens nach heutiger Praxis. Sie wird ihm zugesprochen und B. gezwungen, dieselbe herauszugeben. Welches immense Derangement seiner ganzen Verhältnisse kann A. unter gegebenen Umständen erleiden, ehe der Zwang die beabsichtigte Wirkung herbeiführt! Dafür erhält er nichts gut gethan, wenn der Preis nicht variirt hat. Noch mehr: es ist in den allermeisten Fällen rein hin in des Verkäufers bon plaisir gegeben, ob dieser den Kauf halten will oder nicht. Denn z. B. X. ist ein Landgut. B. verkauft es anderweit dem C. und lässt es diesem in Lehen und Würden reichen. Nun kann (m. vergl. Curtius, Handbuch des im K. S. geltenden Civilrechts Th. II. §. 547.) A. das

Gut nicht mehr bekommen. Alles läuft auf das i. q. interest hinaus. Dies besteht in dem, was der Käufer circa rem ipsam entbehrt. Dies wird in unzähligen Fällen nicht höher, oft noch geringer als der Kaufpreis evaluirt werden, das Resultat also darauf hinauslaufen, dass der Käufer nun nichts zu bezahlen braucht und das Gezahlte zurückfordern darf. Hier ist also der Verkäufer ganz offenbar Herr und Meister, ob der Kauf bestehn oder nicht bestehn soll. Ist X. eine bewegliche Sache, so braucht sie B. ebenfalls nur anderweit zu verkaufen und zu übergeben, um den Kauf wirkungslos zu machen. Der anderweite Käufer wird durch die traditio ebenfalls zum Eigenthümer*), und dem A. bleibt das völlig leere Nachsehen, wenn die Sache nicht vielleicht im Preise gestiegen ist; was in der Regel sich nur von Sachen behaupten lässt, die dem Marktverkaufe unterliegen. Nach welchen Prämissen sollte denn z. B. ausgeführt werden, dass das Gemälde, das ich für 100 Thlr. erkauft, nicht aber erhalten habe und nimmermehr erhalten kann, weil es anderweit verkauft und übergeben worden ist, hätte ich es erhalten, in meinen Händen ein Vermögensobject von 150 Thlrn. würde gewesen sein? So steht bei solchen Ansichten von dem i. q. interest es um den Käufer nach heutiger Praxis, wo doch wenigstens in vielen Fällen die Uebergabe der Sache sich von dem Verkäufer erzwingen lässt. Noch trostloser als trostlos wäre aber des Käufers Lage in Rom gewesen. Denn obschon wir in Paulus recept. sent. Lb. 1. tit. 13. A. §. 4. lesen: si id quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet**), so ist doch nach

*) Nach richtiger Theorie auch dann, wenn er weiss, dass B. schon mit A. über die nämliche Sache handelseinig geworden ist.

**) M. vergl. l. 50. de A. E. V. Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei traderetur, venditor tradere compellatur, et re sua carere, possessione autem tradita, futurum sit, ut rem venditor eam amittat, utpote cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditae et traditae objiciat, ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.

Gajus inst. comment. Lb. IV. §. 48. gewiss — und die Lehrer des röm. Rechts sind darüber in neuester Zeit wohl einverstanden — dass die Verurtheilung immer nur auf eine Geldsumme ging, durch den Process der Sache eine Geldsumme substituirt wurde*); also muss die Furcht vor der Grösse der summa condemnationis das zwingende Moment gewesen sein, sicher dem Verkäufer lieber allemal die Sache herauszugeben, als sich der Condemnation auszusetzen. Wäre nun aber wohl dieser Zweck erreicht worden, wenn man gesagt hätte: A. hat für 100 Thlr. gekauft, diese 100 Thlr. ist er nicht zu zahlen schuldig oder fordert er zurück, weil B. die Sache nicht übergeben hat. Bis hierher sieht man nicht, was den Verkäufer hätte bestimmen können, die Sache gegen Lust und Neigung herauszugeben. War die Sache unterdess mehr werth geworden, so hätte nach der bestrittenen Theorie allerdings B. auch noch 10 Thlr. zulegen müssen, wenn sich erweisen liess, die Sache sei um 10 Pr.Ct. im Werthe gestiegen; allein auch das würde nichts eben Schreckendes gewesen sein. Denn die Werthserhöhung der Sache hätte ihn dafür entschädigt. Nach alle dem ist es gradezu unglaublich, dass die Römer bei dem Kaufe, und wenn die Uebergabe der Sache unterbleibt, so das i. q. interest könnten bestimmt haben. Dass überhaupt das i. q. interest jedenfalls kein zunächst in dem Werthe der Sache an sich liegendes Object gewesen sei, spricht mit höchster Evidenz aus l. 193. de V. S. (50. 16.). Haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad id, quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur**).

*) Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque etsi corpus aliquod petatur .... judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat (sed), aestimata re pecuniam eum condemnat.

**) M. vergl. l. 179. eod. Inter haec verba: quanti ea res erit, vel: quanti eam rem esse paret, nihil interest; in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.

§. 4.

Als Basis für die weitere Untersuchung die Worte in l. 2. de evictionibus et duplae stipulatione (21. 2.): si dupla non repromittetur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus erit reus.

Niemand wird verkennen, dass der Käufer, welcher die Sache nicht übergeben erhält, sich von Haus aus in der nämlichen Lage befindet, in welche er sich versetzt findet, wenn ihm die übergebene Sache evincirt wird. War stipulatio duplae erfolgt, so war das Resultat im Falle der Eviction kein geringeres, als das, den Preis zur Nichtschuld zu machen, d. h. unbezahlt konnte er von dem Verkäufer nicht gefordert werden, und bezahlt musste er zurückgegeben werden und ausserdem der Verkäufer dem Käufer eine gleich hohe Summe bezahlen.

Es hing nicht von dem Verkäufer ab, ob er duplam promittiren wollte oder nicht, sondern hatte er einmal gekauft, so musste er duplam promittiren. Das sagt l. 2. cit. in bestimmtesten völlig unzweideutigen Worten.

Das nämliche lehrt l. 37. pr. §. 1. eod. Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur.

§. 1. Quod autem diximus: duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores sunt, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemtibile veneat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor jubetur.

Ferner l. 31. §. 20. de aedil. edicto (21. 1.). Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae

sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire. M. s. hierbei Pauli sent. rec. Lb. II. tit. 17. §. 2—4.

Also steht in dem röm. Rechte fest: wer Eviction besorgen kann, muss sich in die Lage setzen können, den Preis der Sache als Entschädigung von dem Verkäufer zu erhalten, abgesehen davon, dass er den Kaufpreis nicht zu zahlen hat, und insoweit er ihn sollte gezahlt haben, zurückfordern darf.

Unter diesen Umständen verlangt die Consequenz, dass der Käufer, dem nicht übergeben wurde, ebenfalls nichts zu bezahlen brauchte und noch ausserdem ebensoviel, als er zu zahlen gehabt hätte, von dem Verkäufer erhalten musste. Nichts anderes spricht l. 1. pr. cit. aus. Von dem i. q. interest wird prädicirt, dass es bisweilen das pretium übersteige. Es ist also jedenfalls der von den Contrahenten angenommene Werth. Gewiss nie weniger; wohl aber nach Befinden der Umstände (interdum) noch ein Mehreres darüber, ein plus. Die Worte res valet vel emta sind nur die veränderte Bezeichnung für pretium, der Kaufpreis; denn sie bezeichnen nichts anderes, als was bei der Forderung des i. q. interest bisweilen überschritten wird, und das ist nach den vorhergehenden Worten das pretium. Danach, worinne das plus bestehen könne, braucht man sich nicht lange umzusehen, es ist das commodum rei.

Somit stand nach röm. Rechte die Sache also:

A. hatte von B. das Landgut X. gekauft für 1000 Thlr. B. übergab nicht. Lies er es bis zur Klage kommen, so war gar nicht mehr die Rede von gegenseitiger Erfüllung des Kaufes, sondern blos davon, ob die summa condemnationis musste bezahlt werden oder nicht. Der Verkäufer wird sich also wohl gehütet haben, es chicaneuserweise bis zum Processe kommen zu lassen und alsdann gewiss soviel zu verlieren, als der zwischen ihm und dem Käufer angenommene Werth der Sache betrug, ausserdem aber auch noch, wenn sich ein solches vorfand, genöthiget zu sein, das commodum rei zu bezahlen.

Eben so wurde es gehalten, wenn Sachen nicht übergeben wurden, die einem wechselnden, bald steigendem, bald sinkendem Marktpreise unterworfen waren. Der Käufer erhielt grade so viel, als er zu bezahlen versprochen hatte, jedoch unter Berücksichtigung des höchsten Marktpreises, den die Sache zur Zeit und am Orte des Verkaufes oder zur Zeit und am Orte des Processes hatte (l. 3. §. 3. cit.), ein mögliches Uebermaass.

§. 5.

Beseitigungen von Einwänden, die man der entwickelten Ansicht entgegenstellen kann.

Solche Grundsätze von der praestatio ejus quod interest scheinen, wenigstens auf den ersten Anblick, hart und ungerecht. Denn auf diese Weise wird der Käufer fast allemal mehr als entschädigt werden, er gewinnt noch obenein, sobald der Gegner es zum Processe kommen lässt. Letzteres ist zwar der Fall, allein die Härte ist nicht sonderlich auffallend; sie ist nach röm. Ansicht gar nicht vorhanden. Denn es wird dem Verkäufer nichts härteres geboten, als er im Falle der Eviction erleidet, die in hundert Fällen viel unverschuldeter ist, als es in den allermeisten die unterbleibende Uebergabe sein kann. Man bedenke, dass der Verkäufer, welcher die Sache geflissentlich nicht übergiebt, sich nicht beklagen kann, dass der Verkäufer, welcher ausser Stande ist, die Sache zu übergeben und dadurch nicht liberirt wird, sondern gehalten bleibt, nie frei von Verschulden ist. Kann er die Sache nicht übergeben, so ist er abgehalten, entweder weil die Sache gar nicht existirt, oder seine persönlichen Verhältnisse ihm die Uebergabe unmöglich machen. Ersterenfalls ist die Sache entweder nach dem Kaufabschlusse untergegangen, und alsdann ist der Verkäufer nach den Grundsätzen von dem periculo et commodo rei venditae ohnehin liberirt, insofern er nicht durch Verschulden dieser Liberation sich unwerth gemacht hat, oder die Sache existirte schon zur Zeit des Kaufabschlusses

nicht; alsdann ist überhaupt keine gegenseitige Verbindlichkeit und Berechtigung eingetreten, ausgenommen der Verkäufer wäre davon unterrichtet gewesen, und dann hat er alle daraus ihm erwachsende nachtheilige Folgen nur sich selber zuzuschreiben. Im zweiten Falle, und wenn ihn nur seine persönlichen Verhältnisse an der Uebergabe behindern, so wird er meistentheils die Verpflichtung zu leichtsinnig übernommen oder ihre Erfüllung nicht zeitig genug vorbereitet haben.

Hiernächst übersehe man nicht, dass für die praestatio ejus quod interest eine durchgreifende Norm existiren muss, dass dem Kläger sich nie mit voller juristischer Ueberzeugung grade soviel zuwägen lässt, als nöthig ist, um gewiss zu sein, er entbehre nicht mehr und nicht weniger, als ihm das endliche Facit des Processes zu Gute rechnet. Denn, allgemeines Einverständniss darüber vorausgesetzt, dass, wenn heute ein Process über das i. q. interest in Beziehung auf eine gewisse unterbliebene Leistung alle geworden ist, nicht morgen um der nämlichen Leistung willen ein anderweiter Process angehen darf, wird man auch allgemein davon überzeugt sein, dass der Betheiligte nie sicher sein kann, ob er denn nun völlig entschädigt sei. Man nehme an, A. hat von B. ein Landgut unter bedenklichen politischen Conjuncturen, als eben der Preis der Güter gedrückt war, um 1000 Thlr. gekauft; vor der Uebergabe hat B. anderweit verkauft, und das Gut von dem zweiten Käufer in Lehen und Würden nehmen lassen. Nun ist es möglich, dass A., der hier einzig und allein auf das i. q. interest klagen kann, vielleicht, wenn die Güter vor Ausgang des Processes um 10 Pr.Ct. gestiegen sind*), 1100 Thlr. zugesprochen erhält. Allein

*) Man übersehe hierbei nicht, dass man im Allgemeinen wohl wissen kann, ob die Güter durchschnittlich um 10 Pr.Ct. im Werthe gestiegen sind, dies aber dem Kläger gar nichts hilft, daferne der Werth, den das Gut zur Zeit des Verkaufes hatte, nur zu 900 Thlr. gewürdert wird, und eine Würderung muss vorausgehen, sobald man bestimmen will, wieviel durch den im allgemeinen gesteigerten Preis der Güter ein gewisses bestimmtes Landgut im Werthe gestiegen ist.

8 Tage später können die Güter um anderweite 10 P.Ct. gestiegen sein. Um diese kommt der Käufer, weil er zufällig früher und nicht später geklagt hat, obschon er vor Gott und allen Menschen, nur nicht vor dem Richter, diese andern 10 P.Ct. zu fordern ein eben so gutes Recht hat, als hinsichtlich der ersten 10 P.Ct. ist anerkannt worden. Also erscheint es gar nicht irrationell, hier, wo sich in dem concreten Falle nun und nimmermehr mit erschöpfender objectiver Sicherheit abwägen lässt, wie viel der Käufer erhalten müsse, um gewiss vollkommen, aber auch nur eben vollkommen entschädigt zu sein, hinsichtlich der Entschädigung desselben eine aversionelle Norm festzusetzen, die stark genug ist, um dafür zu sichern, dass schwerlich Eventualitäten eintreten werden, in Vergleich mit welchen der Käufer, weil er nur einmal hat klagen können, nicht auch für ein und allemal sollte abgefunden sein.

Ausserdem läuft es allem unbefangenen Gefühl entgegen, dass der Käufer utilitatem circa rem ipsam nach Abzug des Kaufpreises erhalten soll, also in tausend Fällen sich mit nichts und in noch mehreren mit einer Kleinigkeit für alles das soll abgefunden wissen, was ein unerfüllter Kauf zu seinem Nachtheile gewirkt hat. Auch für diese nie mit voller Genauigkeit beweisbaren Eventualitäten darf man den Käufer für entschädiget ansehen, wenn er, der eine Sache gegen Geld eintauschen wollte, ohne allen Gegentausch so viel Geld erhält, als er für die Sache geben wollte, und ausserdem noch das commodum rei. Kann die Rechtspflege nie ihren Zweck vollständig erfüllen, kann sie ihn besonders nur approximativ in Hinsicht auf das i. q. interest erfüllen, so steht auf alle Fälle, aufgefasst wie der Verfasser sie auffasst, die röm. Praxis dem Ziele näher als unsere, hat ohnbestreitbar den Vorzug, dass insoweit einem Theile zuviel geschehen kann, und häufigst zu viel geschehen wird, weil man das Sichere für das Unsichere nehmen wollte, eben dies

Zuviel nicht den unschuldigen, sondern den schuldigen Theil trifft.

Man kann ferner den Einwand machen, wir fänden nirgends in den Pandekten, dass nicht von dem i. q. interest abgerechnet worden sei der Preis, den der Käufer wegen unterbliebener Uebergabe inne behielt, und eben so wenig fänden wir, dass im Falle erfolgter Vorausbezahlung des Preises und unterbleibender Uebergabe nicht die Restitution des Preises als i. q. interest gefordert worden sei. Dieser Einwand hat nicht viel auf sich. Römischen Juristen konnte es schwerlich beigehen, diese Negative auszusprechen.

Sobald sich jemand wegen eines unerfüllten Kaufes hatte verklagen lassen, so war nicht mehr von der Erfüllung des Kaufes die Rede, sondern nur von Erfüllung der durch die Litiscontestation und gemäss der Klagformel übernommenen Verbindlichkeit, im Falle Beklagter den Process verliert, die entsprechende summa condemnationis zu bezahlen. Nachdem diese bezahlt war, blieb also der Kauf noch immer unerfüllt, ja er war schon vorher durch das acceptum judicium vernichtet, und dadurch dem Käufer, wenn er bereits gezahlt gehabt hatte, die condictio gegeben. l. 4. de condict. sine causa (12. 7.).

Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.

Ja es findet sich sogar ein merkwürdiges Fragment, nach welchem es die Römer für überhaupt gar keinen Kaufcontract ansahen, wenn jemand gegen das Versprechen, dass ihm künftighin eine Sache solle gegeben werden, dem künftigen Geber eine Summe Geldes auszahlte. M. s. l. 16. de condict. causa data c. n. s. (12. 4.) Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse

Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Auf ein solches Verhältniss läuft allemal die Vorausbezahlung eines Kaufpreises hinaus. Nicht konnten also die Römer sich aufgefordert finden, etwas über Zurückforderung eines Kaufpreises zu sagen, den ihre Praxis gar nicht für einen solchen ansah. Endlich beseitiget alle diese Einwendungen der klare Wortverstand, der l. 1. pr. cit., nach welcher, sobald es wegen unterbleibender Uebergabe zum Processe kömmt, allemal i. q. interest gefordert wird, nach welcher ferner dies i. q. interest nicht die Sache und eine pecuniäre Leistung, sondern blos eine pecuniäre Leistung ist, nach welcher hiernächst das i. q. interest in dem besteht, quod rem habere interest emtoris — d. i. in dem nach dem Kaufpreise zu bestimmenden Werthe — der dem Vermögen des Klägers in Gestalt der Sache fehlt; ein mögliches Plus, dessen bereits gedacht worden, hier nicht weiter zu erwähnen.

Unmöglich wäre es, sich uneigentlicher als Ulpian in pr. cit. auszudrücken, wenn er damit hätte sagen wollen: wenn eine Sache nicht übergeben wird, so zahlt der Käufer den Preis nicht und erhält den Profit, den er, die Sache und den Preis gegeneinander verglichen, bei tempestiv erfolgter Uebergabe gemacht hätte.

§. 6.

Zusätze.

Das Fragment, in dem Sinne des Verfassers aufgefasst, erklärt verschiedene Räthsel, die bei einer andern Auslegung schwerlich lösbar sind.

Wäre die bestrittene Theorie die richtige, so würden sich ganz unfehlbar Stellen casuistischen Inhaltes finden, in welchem jenes Verfahren, das den Käufer

für zum Theil schon vor dem Process und zwar insofern befriedigt annimmt, als er das Kaufgeld nicht zu zahlen braucht, factisch hervorträte. Welche combinirte Rechenexempel haben wir z. B. in dem Titel de evict. et duplae stipulat., während hier das Verhältniss einfacher ist, als dasjenige, in welches die heutige Theorie von i. q. interest führt. Wäre dies richtig, so begreift man nicht, wie über eine so practische Materie dennoch so wenig Casuistik in den Pandecten sich erhalten hätte.

Wie hätte ferner Justinian verordnen können*), was er verordnet, sobald das i. q. interest nur der Ueberschuss eines Werthes in Verhältniss zu einem Kaufpreise gewesen wäre? Das duplum und vor Justinian mehr noch konnte man doch gewiss nur dann herausrechnen, wenn der einfache Preis unbedingt die Condemnationssumme bildete, und nun erst noch möglicherweise das commodum rei oder ein gewisser höherer Marktpreis in Anschlag gebracht wurden.

Weiter: wenn man das i. q. interest zur Differenz zwischen den Werth zu einer gegebenen Zeit und den Kaufpreis macht, so enthält l. 3. §. 4. de act. emt.

*) l. un. C. de sent. quae pro eo q. i. prof. Quum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare.

Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, quum sciamus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio.

vend.*) in den Worten: quodsi per emtorem mora fuisset aestimari oportet pretium, quod sit, quum agatur, et quo loco minoris sit, baaren Unsinn. Hierüber Folgendes: abstrahiren wir von dem et quo loco und nehmen wir an, der Ort des Kaufabschlusses und des rechtsanhängig werdenden Processes sei einer und derselbe, so steht die Sache, nach des Verfassers Theorie, also:

Der Käufer A. klagt, weil der Verkäufer B. eine Quantität für 100 Thlr. erhandelten Weines nicht übergeben hat, allein er klagt, nachdem er, der A., vorher in mora accipiendi gewesen ist. Da der Beklagte nunmehro jedenfalls nichts anderes als die Zahlung einer Geldsumme zu leisten hat, so muss diese bestimmt werden. Zunächst wäre sie 100 Thlr. Kaufpreis. Allein der Käufer selbst ist schuld, dass er nicht bereits diesen Werth in Gestalt des Weines erhalten; jetzt, und nachdem der Wein um 10 P.Ct. gesunken ist, entzieht ihm der Verkäufer nur 90 Thlr. Werth, und diese sind die summa condemnationis. Nun aber rechne man einmal nach heutiger Theorie, und ziehe den unbezahlt bleibenden Kaufpreis von der Condemnationssume ab. Hier erhält man: 90 Thlr. als um 10 Thlr. gegen den Kaufpreis an 100 Thlr. abfallende summa condemnationis, von der jedoch 100 Thlr. abzuziehen sind. Da nun aber 90 weniger 100 keine positive, sondern eine negative Grösse von 10 giebt, so bleibt nach den gestellten Prämissen nichts übrig, als den Verkäufer in negative 10 Thlr. zu verurtheilen.

Schlüsslich erregt aber auch nunmehro l. 13. §. 4. de eo q. c. l. keine Schwierigkeiten, obschon sie nach ganz andern Principien entschädiget als l. 21. §. 3. de act. emt. vend. Dort haben wir ein auf Stipulation be-

*) Quodsi per emtorem mora fuisset aestimari oportet pretium, quod sit, quum agatur, et quo loco minoris sit. Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item non oportet ejus loci pretia spectari, in quo agitur, sed ejus, ubi vina tradi oportet; nam quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet.

ruhendes Lieferungsgeschäft, hier einen Kauf. Bei dem Kaufe brauchte man nicht auf die utilitas emtoris im Sinne der l. 13. zu sehen, weil bei dem Kaufe für die Nichterfüllung des Geschäftes eine aversionelle Entschädigung in Gestalt des von dem Verfasser angegebenen i. q. interest eintrat, eine Entschädigung, die vorauszusetzender Weise zu gross war, als dass man nach gewöhnlichen menschlichen Ansichten erst noch die Frage hätte aufwerfen mögen, ob denn nun auch der Käufer wirklich entschädigt sei. Bei jenem auf Stipulation beruhenden Lieferungsgeschäfte war ein solches Verfahren nicht gegeben, und darum wurde hier speciell untersucht, was denn nun wirklich dem Kläger entgehe und mit wieviel derselbe zu entschädigen sei. Die rechtshistorischen, nicht schwer zu entdeckenden Momente, in Folge deren das röm. Recht die gedachten verschiedenen Geschäfte in einer demohngeachtet ziemlich gleichen Beziehung verschieden behandelt, sind nicht schwer zu entdecken. Hier sie auseinander zu setzen, liegt ausser dem Zwecke des Verfassers.

XIV.

Ueber das Wesen eines Actienvereines in juristischer Beziehung und daran sich knüpfende Betrachtungen der damit gegebenen Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Dass die Staatsregierung in dem Königreiche Sachsen demjenigen keine weiteren Folgen gegeben hat, was unlängst bereits geschehen war*), um über die juristischen Verhältnisse der Actiengesellschaften ein besonderes Gesetz erscheinen zu lassen, diese negative Erscheinung giebt einen sehr positiven Beweis für den richtigen Sinn, welcher des Reichthumes gewiss verdienstlicher Vorarbeiten ungeachtet dennoch nicht gesetzgebend den Bedürfnissen von Institutionen vorgreifen will, die erst neuerlich sich auch unter unsern Augen zu bilden angefangen haben und in so mannichfache Beziehungen so bedeutend eingreifen, dass man ohne voraus gesammelte Erfahrungen schwerlich wagen darf, bestimmen zu wollen, welcher Art die Ansprüche sind, die jene Institutionen an das objective Recht zu machen haben. Um so mehr glaubt der Verfasser sich einer wenigstens durch die Wahl ihres Gegenstandes verdienstlichen Mühwaltung zu unterziehen, wenn er die ihm erheblich scheinenden Erfahrungen, die sein practischer Berufs-

*) M. s. die Landtagsacten vom Jahre 1836 u. 1837.

kreis hinsichtlich der Theorie von den Actienvereinen bietet*), mittheilt und diejenigen Bemerkungen beifügt, welche er für begründet in unserer Rechtstheorie ansieht. Er ermangelt nicht, den Anfang mit dem im nachstehenden §. angegebenen Fall zu machen, welcher schon um deswillen lehrreich ist, weil die Entscheidung nicht von confirmirten Statuten modificirt wurde, also gar keine gegebene besondere positiv rechtliche Norm vorlag, und daher in der Entscheidung rein die Theorie dessen hervortritt, was man in gewissen Beziehungen über Actienvereine nach strengster juristischer Wissenschaft für wahr und richtig angesehen hat**).

§. 2.

Mittheilung des bemerkten Falles und dessen Entscheidung.

Haterius, der Betriebsinhaber und Eigenthümer eines Maschinenbaugeschäftes, welcher gegen eine accordirte Summe auf des nachherigen Klägers Aulus Grund und

*) Der Aufsatz in dem 2. Bande XI. S. 247 — 274. „Kann es eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verabsäumung von Contractsverbindlichkeiten geben, deren Erfüllung einer der Contrahenten, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe oder eines anderen auf die Nichterfüllung im Voraus durch den Contract gesetzten Nachtheiles übernommen hat?“ hat zwar bereits eine Frage erörtert, zu welcher ein Actienverein Anlass gab; allein man bemerkt ohne Weiteres, dass die gestellte Frage kein den Actienvereinen eigenthümliches Verhältniss berührt. Darum findet sich aber auch der Verfasser nicht bestimmt, hier auf den später in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (Leipzig bei Tauchnitz) dritten Bandes 1stes Heft Num. 1. S. 1. flgde. enthaltenen Aufsatz einzugehen, welcher von den Wirkungen der restitutio in integrum gegen Versäumnisse bei Actiengesellschaften handelt, und den Herrn Appellationsgerichtspräsidenten Ritter Dr. Beck zum Verfasser hat. Der Leser wird sich bei angestellter Vergleichung überzeugen, dass die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der von dem Verfasser am a. O. entwickelten Ansichten präjudiciell für das Resultat ist, das jener Aufsatz zu rechtfertigen bestimmt ist.

**) Daraus ergiebt sich denn aber auch, dass man bei der jetzt unternommenen anderweiten Erörterung des Falles von alle dem zu abstrahiren hatte, was sich in neueren Gesetzgebungen über Actienvereine findet.

Boden ein Mühlenwerk herzustellen übernommen hatte, verkaufte sein Etablissement an eine zum Erwerb und Fortbetrieb desselben gebildete Actiengesellschaft, und diese trat in den von Haterius noch unerfüllten Contract ein. Jedoch der Contract blieb unerfüllt, und Aulus verklagte „den Actienverein und dessen Directoren, den Lucius, Cajus und Sempronius," und nur an diese erging die Ladung, sich auf die erhobene Klage einzulassen, ohne dass Kläger deshalb Ausstellungen machte oder irgend noch ein anderes Individuum bezeichnete, das, seiner Intention nach, noch ausser dem Lucius, Cajus und Sempronius zu citiren gewesen wäre, wie er denn auch in der Klage selbst einzig und allein der Directoren ihm beschehene Erklärung, dass der Actienverein in den Contract einträte, als das obligatorische Factum hervorgehoben hatte; wobei noch besonders zu bemerken, dass von dem Kläger die mit Namen aufgeführten Beklagten „als die ihm bekannten Actieninhaber und Mitglieder der Actiengesellschaft" solidarisch waren in Anspruch genommen worden.

Nachdem man die Klage in erster und in zweiter Instanz theils schlechterdings theils in der angebrachten Maasse abgewiesen hatte, erfolgte ein reformatorisches Urthel des K. S. Ober-Ap.-Grs., welches in den Entscheidungsgründen die nachstehend mitzutheilenden Rechtsansichten aussprach. Man untersuchte zuerst, ob die Klage schlüssig sein würde, wenn nicht gegen „den Actienverein und dessen Directoren," sondern gegen einen einzelnen Privatmann wäre geklagt worden, der das Etablissement des Haterius erworben und in den von selbigen mit Aulus abgeschlossenen Contract eingetreten wäre, entschied sich für die Schlüssigkeit der Klage, stellte fest, wie solchenfalls würde zu entscheiden sein, und fuhr alsdann in den Entscheidungsgründen also fort:

„Es fragt sich ob? inwieferne? und gegen wen? in vorliegendem Falle auf solche Weise möge erkannt werden? Rubrik und Inhalt der Klage sind nicht ganz

miteinander vereinbar. Nach ersterer sollte der Actienverein und neben diesem jedes der mit Namen aufgeführten Individuen verklagt sein. Liest man dagegen das Klagevorbringen, so gewinnt es das Ansehen, dass Kläger, welcher übrigens auch während des ganzen ersten Verfahrens nicht gegen den processleitenden Richter bemerkt hat, dass jemand anderes ausser den namentlich aufgeführten Beklagten vorzuladen gewesen wäre, den genannten Actienverein, d. h. eine Vereinigung nicht öffentlich genannter Personen, welche zu Herstellung und Betreibung eines Geschäftes ein Capital zusammengeschossen, eben so wenig habe verklagen wollen, als es der Natur der Sache nach möglich ist, eine Firma ohne Angabe derjenigen Personen, welche dieselbe führen, und überhaupt unbekannte Individuen unter einem Collectivnamen zu verklagen, der keine moralische Person bezeichnet, dass Kläger vielmehr nur die namentlich aufgeführten Directoren habe verklagen wollen, und diese zwar nicht blos als geordnete Vertreter des Vereins, sondern auch solidarisch, als die ihm, dem Kläger, bekannten Actieninhaber und Mitglieder der Actiengesellschaft.“

„Gemäss der Rubrik in der Klagüberschrift hat man in den vorhergegangenen Urtheln als Beklagten am andern Theile den Actienverein, und als Mitbeklagte am dritten Theile die drei mit Namen aufgeführten Personen bezeichnet und gegen den Actienverein das Suchen schlechterdings abgewiesen.“

„Indem nun desfalls jetzt anderweit ist erkannt worden, bemerkt man zu Rechtfertigung des gesprochenen Urthels Folgendes:“

„So gewiss es ist, dass ein nicht von dem Staate adprobirter und darum nicht in die Reihe von moralischen Personen eingetretener Actienverein, als solcher keine personam standi in judicio hat, unter seinem Collectivnamen ebensowenig Rechte erwerben, als Verbindlichkeiten contrahiren kann, so ist doch nicht schlechterdings die Möglichkeit benommen, einen Actienverein

in denjenigen Individuen zu belangen, welche ihn bilden, z. B. durch eine actio de in rem verso, indem von dem Kläger — was jedoch nicht in den vorliegenden Acten zu befinden — der Gewinn an- und ausgeführt würde, der auf jeden der Actieninhaber durch das libellirte Geschäft ausgefallen sei. Es würde sogar möglich sein, Rechte gegen einen Actienverein auszuführen, ohne dass dessen einzelne Theilhaber benannt würden, wie z. B. in dem Falle, wo ein dergleichen Verein, insolvent geworden, sich auflöste und der Richter die vorhandenen Fonds zu Sicherstellung der Gläubiger in Beschlag nähme."

„Was nun die Verbindlichkeit der Mitbeklagten betrifft, so haben dieselben eingestanden, bis zur Insinuation der Klage Actionärs gewesen zu sein. Solidarisch würden sie demnach als solche gehalten sein, wenn die Solidarität bei Verbindlichkeiten die eine Actiengesellschaft contrahirt hat, durch den Besitz einer Actie begründet würde, was aber bekanntlich nicht der Fall ist, da der Gerichtsbrauch sich dahin entschieden hat, dass Actiengesellschaften wie Gesellschaften en commandite eine Ausnahme von der Solidarität machen, die in der Regel bei Handlungsgesellschaften statt findet. Fragt man somit, ob und in welcher Maasse die Mitbeklagten aus einem andern Grunde obligat sind, so ist man von der Ueberzeugung ausgegangen, dass keine Beurtheilung des vorliegenden Verhältnisses von den Vorschriften des röm. Rechtes zu abstrahiren, insonderheit keine Entscheidungsnorm aus dem zu entnehmen sei, was das röm. Recht über Verbindlichkeiten enthält, die ein institor contrahirt hat, dies um deswillen, weil im röm. Rechte die Actiengesellschaften völlig unbekannt waren, wie sie denn auch in Sachsen erst in neuester Zeit ein Gegenstand der Rechtspraxis geworden sind. Demnach liess sich eine Norm des Urtheiles nur in dem allgemeinen und unbestreitbaren Grundsatze finden, dass jeder, der Rechte erwerben will, auch die dagegen übernommenen Verbindlichkeiten in derjenigen Maasse gewähren müsse, in welcher der Mitcontrahent dieselben gewährt

zu sehen erwartete und hierzu nach dem Gange des Geschäftes berechtiget war. Offenbar aber erwartet, wer mit einem Actienvereine durch dessen Directoren contrahirt (was Kläger nach Inhalt des Eingeständnisses fol. gethan hat), dass er von denjenigen, die den Actienverein bei Abschluss des Contractes gegen ihn repräsentirten oder künftighin an ihre Stelle treten, aus den Mitteln des Vereins werde erfüllt bekommen, was ihm zu erfüllen war.“

„Wendet man diese Bemerkung auf den vorliegenden Fall an, so sind Mitbeklagte, die fol. zugestanden haben, „dass die Directoren der verklagten Gesellschaft als solche das ihrer Leitung anvertraute Etablissement zu vertreten verbunden sind,“ und nach fol. bis zur Insinuation der Klage „Directoren des Vereins gewesen sind,“ diejenigen Individuen, welche aus den oben angegebenen Gründen, jedoch also zu verurtheilen waren, dass sie die contrahirte Verbindlichkeit nur aus den vorhandenen Mitteln der Gesellschaft zu erfüllen haben, wie denn auch die Mitbeklagten die Klage nur insofern hinsichtlich der legitimatio ad causam passiva für unstatthaft erachtet wissen wollen, als dieselbe gegen ihre Person oder auf Erfüllung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, für die sie ohne diejenige Modification einzustehen möchten gehalten werden, die darinne liege, dass sie nur den Verein repräsentiren. Wenn Mitbeklagte fol. bemerken, dass an die Stelle des einen von ihnen ein anderes namhaft gemachtes Individuum getreten sei (was sec. fol. erst nach der Insinuation der Klage kann geschehen sein), so war auf dies blosse Anführen kein Absehen zu richten, da, wer einmal ad causam passivam legitimirt ist, es bleibt, bis nicht an seiner Stelle ein anderes statt seiner legitimirtes Individuum den Process statthafter Weise aufgenommen hat. Uebrigens versteht es sich von selbst, dass, obschon die Herstellung eines Mühlenwerkes eine ihrer Natur nach untheilbare Leistung ist, dies dennoch keinen Grund für eine Solidarität der Verpflichtung der Mitbeklagten abgeben kann, da, wie es die Natur des

Verhältnisses mit sich bringt, jene Herstellung in der Person der Mitbeklagten sich nur auf administrative Anordnungen beschränkt.“

§. 3.

Uebersicht der Rechtssätze, auf welchen die mitgetheilte Entscheidung beruht.

Vorangestellt ist die Ansicht, weil sich in dem röm. Rechte keine für Actiengesellschaften gegebenen Vorschriften fänden, so habe der Richter dahin einschlagende Entscheidungen auf eine von dem röm. Rechte völlig unabhängige Weise zu finden.

Schon diese Position regt zu Betrachtungen an. Wenn sie nicht über allen Zweifel sollte erhaben sein (denn dass man auch ohne sie zu demselben Resultate gelangt wäre, liegt nicht vor) so würden damit auch die folgenden Positionen in Zweifel gestellt sein. Hier nur vorläufig die Frage, ob, wenn auch die Actiengesellschaften den Römern unbekannt waren, nicht dennoch dies Verhältniss in seinen wesentlichen Beziehungen solche zeigen könnte, über welche zu entscheiden die Römer durch solche Normen in den Stand wären gesetzt gewesen, die uns in dem Corpus juris vorliegen? Den Römern waren auch keine Assecuranzgesellschaften bekannt, wenigstens enthaltsn die Pandecten keine des Assecurirten und des Assecurateurs Rechte und Verbindlichkeiten normirende Vorschriften. Wer aber möchte um deswillen behaupten, dass der Richter, dem dahin einschlagende Streitigkeiten zur Entscheidung vorliegen, vor allen Dingen das röm. Recht bei Seite zu legen habe*)?

*) Ob die Römer wirklich nichts sollten gekannt haben, das heutige Terminologie einen Actienverein nennen würde, lässt sich nicht mit voller Gewissheit behaupten. Wenigstens macht Orelli zu den Worten des Cicero in P. Vatinium cp. XII. eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare, partim a publicanis? folgende Bemerkung:

Partes h. l. sunt, quas nos dicimus Actien, Itali azioni. Scilicet

Analysirt man hiernächst die mitgetheilten Entscheidungsgründe, so lösen sich dieselben in folgende Positionen auf:

1) Gegen einen nicht confirmirten, also nicht in die Reihe moralischer Personen erhobenen und darum nicht der juristischen Persönlichkeit theilhaften Actienverein findet keine Klage statt, obschon aus Geschäften die im Namen der Gesellschaft contrahirt wurden, gegen die einzelnen bekannten Actionärs, dafern in Folge des Geschäfts eine versio in deren Vermögen statt gefunden hat, die entsprechende Klage würde erhoben werden können.

2) Wohl aber findet gegen die Directoren die Klage statt ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger mit ihnen contrahirt hat, vielmehr ist das zur Zeit der Klageanstellung fungirende Directorium jederzeit der für den Verein ad causam passivam legitimirte Beklagte.

a societatibus publicanorum emere poterat aliquis v. c. decimam, vicesimam, centesimam partem vectigalium; hae partes autem diversis temporibus modo cariores, modo minus carae esse poterant pro ratione belli, pacis, fertilitatis, sterilitatis provinciarum. Fingamus societatem publicanorum centies H. S. (für 10 Millionen) a censoribus conduxisse exactionem vectigalium alicujus provinciae, ex ea autem conductione recepisse interdum centies et quadragies (14 Millionen), jam vicesima conductionis pars fuisset duntaxat 500,000 H. S., verum is, qui ante exacta vectigalia, cum exitus negotii esset etiam tunc incertus, lucrum tamen sperabat, publicanis pro vicesima parte facile solvere poterat 600,000 vel 700,000 H. S. at contra aliis temporibus, ubi lucrum nullum, fortasse damnum quoque exspectabatur, longe minus etiam quam 500,000 H. S. Ita explicanda arbitror verba „illo tempore carissimas.“ Die nicht uninteressante Notiz, die jedoch zu keinem practischen Resultate führen kann, da es nicht darauf ankommt, welche Institute die Römer gekannt haben, sondern welche darauf anwendbare Vorschriften die röm. Rechtsbücher enthalten, ist dem Verfasser geworden durch Sintenis dissert. de societate quaestuaria quae dicitur Actiengesellschaft. Lips. 1837. Nicht mehr hat er aus der angezogenen Schrift in seinen Nutzen verwendet.

3) Nicht nur ist das beklagte Directorium dem Actienverein gegenüber berechtiget, die Verbindlichkeit aus den Mitteln der Gesellschaft zu erfüllen, sondern auch nur mit dieser Modification dem Kläger gegenüber zur Erfüllung verbunden, woraus denn folgt, dass wenn die Insufficienz des Vereinvermögens sich darlegt, die Vollstreckung des Urthels ganz oder zum Theil hinwegfällt.

4) Da man die Solidarität der beklagten Directoren nicht hat statt finden lassen, weil in deren Person die Herstellung eines Werkes sich auf administrative Anordnungen beschränken würde, so wird die Consequenz erfordern, dass man auch bei rein pecuniären Leistungen die Solidarität abspreche, denn das Zahlen aus einem administrirten Fond läuft allemal auf eine administrative Maasregel hinaus.

Eine Prüfung der mitgetheilten Positionen kann nicht gelingen, ohne dass man von dem Allerbekanntesten, jedoch in seiner juristischen Bedeutung wohl noch nicht genug Erkannten, der Tendenz ausgeht, die sich mit Errichtung eines Actienvereins verbindet und der Form, in welcher diese Absicht soll erreicht werden. Wir thun dies in den nachstehenden §phen.

§. 4.

Ist ein Actienverein eine Societät, d. h. eine auf Vertrag beruhende Communio?

Sobald von Bildung eines Actienvereines die Rede ist, beabsichtiget man einen Fond herzustellen, der das Betriebscapital eines unter dem Collectivnamen des Vereins für irgend einen Geschäftszweig zu errichtenden Etablissements sein soll. Das Capital wird bei einzelnen Individuen aufgenommen, und es soll, sobald das Geschäft im Gange ist, unter diese der Gewinn in Verhältniss ihrer Einlagen vertheilt werden, nie aber für

sie die Möglichkeit eines den Gesammtbetrag der Einlage übersteigenden Verlustes sich ergeben können, um wieviel auch die Passiven des Etablissements den Gesammtbetrag der Einlagen überschreiten möchten. Zwar ist die Geschäftsführung, durch welche jene reizende Aussicht verwirklicht werden soll, nicht Sache der Actieninhaber, und kann es nicht sein, weil bei derselben gar keine persönlichen Eigenschaften in Betracht kommen, vielmehr alles, was man von ihnen verlangt, und sie zu leisten bestimmt sind, sich auf Einzahlung der Beiträge beschränkt. Wohl aber wird die Geschäftsführung unter die Controle der Actionärs gestellt, welche sie theils unmittelbar auf Generalversammlungen, theils mittelbar durch statutenmässig erwählte Ausschusspersonen üben. Die Geschäftsführung selbst ist die Sache gewisser Gesellschaftsbeamten, die als solche sich jederzeit dem statutenmässig erklärten Gesammtwillen der Gesellschaft zu unterwerfen haben, ihr Auftrag mag von Haus aus entweder viele oder wenige limitirende Bestimmungen enthalten.

Ist es möglich, ist es nach gemeinrechtlichen Grundsätzen ausführbar, dass ein Verein der gesammten übrigen industriellen Welt gegenüber sich in die Lage setzen könne, gegen diese Rechte möglicherweise zu dem Betrage von Millionen zu erwerben, unmöglicher Weise aber Verbindlichkeiten zu dem Betrage von mehr als z. B. 100,000 Thlr. zu contrahiren?

Der Name Actiengesellschaft scheint dem zu widersprechen. Die Ausführbarkeit einer ein solches Resultat sichernden Gesellschaft hätte dem Urtheile des Ulpian zu den ausschweifendsten Hirngespinnsten gehört. Bezeichnete aber vielleicht der Name die Sache nicht treffend, hätten wir im Wesentlichen es nicht mit einer Gesellschaft, einer Societät, einer vertragsmässigen Genossenschaft von Rechten zu thun, sondern mit einem ganz anderen Institut, oder wenn dasselbe auch wirklich eine

Societät wäre, sollte dieselbe in der geschilderten Gestalt so modificirt sein, dass die scheinbare Anomalie aufhörte diesen Namen zu verdienen?

Ohne die aufgeworfene Frage schon hier beantworten zu wollen oder genügend beantworten zu können, bemerken wir, nur um die Bedeutung derselben mehr zu veranschaulichen vorläufig darüber Folgendes:

Gewiss wird es für die juristische Beurtheilung etwas Gleichgültiges sein, ob die Zahl der Actionärs aus einer halben Bevölkerung*) oder aus fünf Individuen besteht. Nun nehme man an, die Kaufleute A. B. C. D. E. schössen jeder 10,000 Thlr. her, bildeten auf diese Weise einen Fond von 50,000 Thlr., bestimmten denselben das Betriebscapital einer Garnspinnerei zu sein, übertrügen die Geschäftsführung einer sechsten und siebenten Person, deren Wirkungskreise im Voraus engere oder weitere Grenzen setzend, bestellten den E. entweder zum steten Controleur oder wiesen doch die Geschäftsführer an, in besonderen Fällen dessen Genehmigung einzuholen, behielten sich endlich vor, alle Jahre oder halbe Jahre zusammenzukommen und den Stand des Etablissements zu prüfen, um über dessen nächste Zukunft geeignete Entschlüsse zu fassen, würden diese fünf Kaufleute nicht domini negotii, Präponenten sein, und als solche für die sämmtlichen Passiven nach den bekannten Grundsätzen von der actione institoria und exercitoria zu haften haben? Würden sie dies vermeiden können, wenn jeder seine Zahlung in 10 mal 1000 Thlr. spaltete und jeder sich 10 Scheine, einen jeden über 1000 Thlr. Einzahlung ausstellen liesse, auch sie alle bei dem Zusammentritte sich ausdrücklich als Actionairs prädicirt hätten? Niemand dürfte dies bejahen wollen, und doch haben wir Vorgänge, die genau der Formirung eines Actienvereins entsprechen.

*) Es ist nicht undenkbar, dass sich dereinst über ein Land verschiedene Eisenbahnen ausdehnen, die alle Eigenthum eines einzigen Vereines sind, und jeder Bewohner, welcher über 100 Thlr. verfügen konnte, ein Mitglied ist.

Sollte vielleicht die Begebbarkeit der Actien von einer Hand in die andere eine so wichtige Modification sein, dass sie in Beziehung auf das Maas der durch den Beitritt zu dem Vereine originirenden Rechte und Verbindlichkeiten einen so ausserordentlich modificirenden Einfluss haben könnte?

Auch das scheint nicht der Fall zu sein. In der gedachten Weise und zu dem gedachten Zwecke organisirte Gesellschaften sind recht wohl denkbar ohne jene Begebbarkeit der Actien. Denn es kann denjenigen, welche bei der ersten Bildung des Vereins zusammentreten, daran liegen, dass man sich von den Ausschüssen und den Generalversammlungen jederzeit der Festhaltung gewisser Grundansichten und Maximen dürfe versichert halten, und darum die Begebbarkeit der Actien, wenn auch nicht gänzlich ausgeschlossen, doch in sehr enge Grenzen verwiesen werden. Ferner, wenn wir das Beispiel von den zusammengetretenen fünf Kaufleuten A.—E. wieder aufnehmen, würden dieselben wohl zu Geschäftsgenossen in einer die Möglichkeit eines nicht im Voraus limitirten Verlustes abwendenden Form werden, wenn jedem das Recht eingeräumt würde, an seiner Stelle beliebig ein anderes Individuum als Theilhaber eintreten zu lassen, und die mit Führung des Geschäftes Beauftragten ebenfalls verpflichten würde, jeden neu eintretenden Mitpräponenten anzuerkennen? Gewiss nicht. Es ist jene Begebbarkeit der Actien nichts weiter als eine raffinirte Maasregel, noch weniger zu verlieren, als selbst das angenommene Maximum des Verlustes beträgt, den Betrag der Einzahlung. Denn die Möglichkeit des Verlustes der Einlage will man dadurch vermeiden, dass der zeitige Verkauf der Actien die Gefahr dieses Verlustes einem andern aufwälzt. Eine Maasregel, die darauf berechnet ist, demjenigen Publikum, das bei Bildung des Vereins nicht concurrirt hat, jeden Verlust aufwälzen, kann unmöglich den ausreichenden jnristischen Grund für ein absolutes Limitum des Verlustes abgeben.

Bis hieher ist also noch kein Moment entdeckt worden, nach dem es für etwas anderes als die Verletzung gemeinrechtlicher Grundsätze gelten könnte, sich in einem Actienvereine die Aussicht auf unbegränzten Gewinn eröffnen und zugleich die Garantie eines limitirten Verlustes gewährt machen zu wollen.

Auf die Frage: ob die Erklärung in öffentlichen Blättern, man sei als Actiengesellschaft zusammengetreten, das bemerkte Verhältniss zu dem Publicum rechtlich begründen könne, werden wir weiter unten zurückkommen.

Hiermit ist aber die Sache jedenfalls noch nicht theoretisch erschöpft. Denn allerdings hat unter dem Namen Societé en commandite sich eine Combination gebildet, welche die bemerkten Aussichten und Garantien gewährt.

Es fragt sich also: leistet dies die Societé en commandite ohne Verletzung gemeinrechtlicher Grundsätze und in Conformität zu denselben?

Ist letzteres der Fall, so wird von der Actiengesellschaft das nämliche gelten oder nicht gelten, je nachdem wir in den wesentlichen Beziehungen beider Uebereinstimmung oder Verschiedenheit entdecken.

§. 5.

Vergleich der Societé en commandite mit der Actiengesellschaft.

Von dem Commanditisten ist angenommen, dass er wirklich erreiche, was auch der Actienverein erreichen will. Niemand bezweifelt, dass ersterer, den wir ein für allemal mit C. bezeichnen wollen, sobald er dem Handlungshause X., das mit 40,000 Thlr. eigenem Fond Geschäfte macht, 10,000 Thlr. unter der bekannten Verabredung einzahlt, gewiss bei jeder Inventur $\frac{1}{5}$ des Gewinns gutgeschrieben erhält, nie aber, die Passiva des Hauses mögen Millionen betragen, er nachzuzahlen gehalten sei, d. h. er nie mehr als seine Ein-

lage verlieren könne. Dass dies gemeinrechtlich ausführbar sei, ist nicht nur allgemein angenommen, sondern auch vollkommen wahr. Denn während es unausführbar ist, dass jemand aus einer und derselben Negotiation, deren Eigenthümer er selbst ist, unbegrenzten Gewinn ziehen und nur im Voraus limitirten Verlust sollte erleiden können, zieht C. sein $\frac{1}{5}$ Gewinn gar nicht aus dem eignen Geschäfte*), dies eben so wenig als der Capitalist, welcher dem Oeconom, dem Rosshändler u. s. w. 1000 Thlr. auf Obligation leiht, die der Erborger in seinem Gewerbe anlegt, die Zinsen aus seinem, des Darleihers, Gewerbe erhält. Der ganze, in der vorliegenden Beziehung aber nicht wesentliche Unterschied zwischen C. und einem solchen Darleiher besteht darinne, dass dem C. Zinsen nur bedingt zugesagt, dieselben auch nicht im Voraus bestimmt sind, sondern die Eventualität, welche die Zinszahlung bedingt, auch zugleich deren Höhe festsetzt und C. die Möglichkeit, höhere Zinsen**) zu erhalten, als ihm ein anderer gewöhnlicher Erborger gewähren würde, mit der Möglichkeit bezahlt, das Capital selbst zu verlieren.

Das ist ganz erlaubt und gemeinrechtlich ausführbar. Nicht jeder aleatorische Contract ist verboten — dass einen solchen C. mit X. abgeschlossen habe, findet sich am a. O. gezeigt — sie sind vielmehr im Allgemeinen erlaubt, und die Societé en commandite ist nicht nur kein verbotener, sondern ein zu begünstigender aleatorischer Contract. Denn sie erhöht, indem dadurch dem Privatmanne die Möglichkeit gewährt wird, sein Geld zu nutzen, wie es der betriebsame Kaufmann

*) Man sehe was über den stillen Gesellschafter Bd. 2. Num. II. S. 25. flgd. gesagt ist, und am Schlusse des Aufsatzes die Zusätze.

**) Wir sagen Zinsen. Denn es mag nun das $\frac{1}{5}$ nach jeder Inventur baar an C. ausgezahlt, oder in einer Summe ihm auf die Handlungsbücher gut geschrieben werden, oder er mag zur Deckung des Vertrages Waarenvorräthe oder Anweisungen auf Activen des Hauses erhalten, kurz in dieser oder jener Gestalt befriediget werden, allemal erhält er in Folge der eingetretenen Eventualitäten die Nutzung seines Capitals.

zu nutzen im Stande ist, einerseits den Werth jedes Capitalvermögens, und erweitert und kräftiget andrerseits den kaufmännischen Erwerb, da man mit dem fünffachen Fond umfassendere Geschäfte als mit dem einfachen ausführen kann. Dass C. den Gewinn nicht aus dem eignen Geschäfte bezieht, X. nicht zu $\frac{1}{5}$ des Handlungsfond als sein Institor anzusehen ist, das leuchtet ein. Der Institor ist an des Präponenten Dispositionen gebunden, nicht ist dies X.; dem Institor kann ich jederzeit die Geschäftsführung wieder entziehen*), nicht aber kann C. sein Capital beliebig zurücknehmen, sondern dem X. muss es verbleiben, bis die ausdrücklich oder stillschweigend bedungene Zeit, während welcher dasselbe zu des X. Disposition sollte gestellt sein**), abgelaufen ist. C. erwirbt keine Rechte gegen dritte Personen, sondern nur gegen X. das Recht, dass dieser ihm in Gemäsheit desjenigen Facit's zahle, welches des X. gegen dritte Personen durch das Geschäft erworbene Rechte geben. Zwischen X. und C. findet kein communi dividundo judicium statt; denn die Handlungsactiven sind nicht ihr gemeinschaftliches, sondern des X. alleiniges Recht, und alle Ansprüche des C. beschränken sich darauf, dass X., insofern die Activen einen Ueberschuss gewähren, ihm, dem C., den verhältnissmässigen Antheil gut schreibe, auszahle oder auf Debitoren des Hauses überweise.

Auch unter mehreren Commanditisten des Hauses X. besteht keine communio, auch sie haben nichts unter einander zu theilen, sondern es hat nur für seine Person ein jeder von X. zu fordern, entweder die constatirte Tantiéme oder Rechnungsablegung zu Constatirung derselben.

*) Versteht sich, das aber thut hier nichts zur Sache, dass ihm das Honorar für die Zeit, während welcher er fungiren sollte, auf die noch übrige Contractszeit muss gegeben werden.

**) Niemand wird sich dazu verstehen, 10,000 Thlr. als Commanditär in sein Geschäft zu nehmen, ohne dass ihm irgend eine Zeit garantirt wäre, während welcher er darüber zu disponiren befugt sein solle.

Wie ganz anders steht der Actienverein, man möge nun die Actieninhaber unter einander, oder im Verhältniss zu den Geschäftsführern*), oder endlich zu dritten Personen betrachten.

Wenn sie sich heute auf einer Generalversammlung auflösen, so wird ihnen das communi dividundo judicium zu eröffnen sein; dass es in den meisten Fällen nicht dazu kommt, weil in der Regel die Statuten bestimmen, wie und von wem bei erfolgender Auflösung das Geschäft liquidirt und der etwanige Ueberschuss distribuirt werden soll, dass die häufigsten Male die Umstände ein communi dividundo judicium in gerichtlicher Ausführung wegen der Masse der Betheiligten und ihrer gegenseitigen Entfernungen unmöglich machen würden, ist ebenfalls nur eine factische Aeusserlichkeit, welche sofort hinwegfallen würde, wenn ein mit 500 Actien fundirtes Geschäft unsicher zu werden anfinge, und nun, um zu retten, was noch irgend zu retten wäre, die 500 oder 200 Inhaber der Actien an fünf aus ihrer Mitte dieselben zu einem gewissen Course überliessen, und sodann eben diese fünf unter einander die Liquidirung und Abwickelung des Geschäftes unternähmen. Man halte dieses Beispiel fest, um sich zu überzeugen, wie es theoretisch denkbar und factisch ausführbar wäre, dass die fünf letzten Actieninhaber Schulden der Gesellschaft beitrieben, aus Geschäften der Gesellschaft belangt würden, die Geschäftsführer entliessen oder die vorhandenen Fonds, ganz oder zum Theil deren Disposition entzögen.

*) Dass nach der Organisation einer solchen Gesellschaft die Actionärs selten persönlich mit dem Geschäftsführer in Berührung kommen, ist eine factische Aeusserlichkeit. Auf Generalversammlungen und durch den Ausschuss sind die Actionairs in den Stand gesetzt, alles zu thun, was der einzelne Präponent in Beziehung auf seinen Institor zu thun im Stande ist.

§. 6.

Resultat aus der in dem vorhergehenden §. gegebenen Zusammenstellung.

Somit ist denn wohl ausser allen Zweifel gesetzt, was bei der Societé en commandite in ihrer Eigenschaft als eines aleatorischen, zwischen den beiden Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten begründenden Innominatcontractes erreichbar ist, das ist nicht auch bei dem Actienvereine erreichbar, der, auf einem wirklichen Societätsvertrage der Theilhaber beruhend, ein von Institoren derselben administrirtes Geschäft in das Leben ruft, und darum auch nach gemeinrechtlichen Grundsätzen jeden Actionair, nicht im Verhältniss seiner Einlage, sondern pro parte virili obligat macht. Damit, dass man den einzelnen Theilnehmer blos pro parte virili obligat macht, nicht die nach Gerichtsbrauch bei Compagniehandlungen übliche Solidarität eintreten lässt, ist dem Namen Actionair schon alle mögliche Ehre erwiesen.

Wenn es nun aber mit gemeinrechtlichen Grundsätzen unvereinbar ist, dass jemand seine negotiatio zum Mittel unbegrenzten Erwerbes mache, und dabei sich die Garantie verschaffe, über einen gewissen Betrag hinaus ganz gewiss, ja bei Sorgsamkeit und einigem Glücke, aller Wahrscheinlichkeit nach die Garantie gegen jeden Verlust aus dem Geschäfte zu erlangen, so scheint unbezweifelt gewiss zu sein, ein Actienverein, der den damit beabsichtigten Zweck erreichen soll, ist so lange ein Unding, als er nicht im Interesse des Publicums von der Regierung um deswillen gegen das Publicum ist privilegirt worden, weil man Garantieen gegeben findet, dass die Actieninhaber nie in den Fall kommen dürften, von jenen Privilegien Gebrauch machen zu müssen, mit andern Worten: theoretisch betrachtet ist ein Actienverein, der nicht ausdrücklich in dem Sinne confirmirt ist, den man mit der Bedeutung und Wirkung eines Actienvereines verbindet, ein juristisches Unding.

Nach dem Obigen stellt sich in dem Actienvereine kein unerhört neues Rechtsinstitut dar, sondern es besteht das dabei vorkommende Neue und Ausserordentliche nur darinne, dass man mit wohlbekannten alten Instituten, der societas quaestuaria, der Präposition eines Institors und der Geschäftsführung durch einen solchen den mehrmals gedachten, allerdings unerhört neuen Zweck verbinden will; und statt dass der richterlichen Beurtheilung in dem unbestätigten Actienvereine ein Verhältniss vorgehalten wäre, das mit irgend einem bekannten Rechtsinstitute vergleichen zu wollen als vergebliche Mühe erschiene, wird der Richter selbst zum Schöpfer des unerhört Neuen, wenn er den Willen der Gesellschafter nicht aus den Geschäften ihrer Institoren belangt werden zu können, als hinreichenden Grund betrachtet, jenem Willen die beabsichtigte Wirkung finden zu lassen. Obschon nun im Allgemeinen der Verfasser eben so wenig als irgend jemand bestreiten wird, dass unter gegebenen Voraussetzungen der Gerichtsgebrauch mit alten Instituten ganz neue Folgen verbinden könne, so steht doch dem jetzt in Frage gestellten Gerichtsbrauch als erstes präjudicielles Bedenken das entgegen, dass eben so gut, wie Tausende oder Hunderte unter dem Namen von Actionairen ein unter Institoren gestelltes Etablissement errichten können, eben so gut dies drei, ja zwei Personen thun könnten. Wenn sich nun aber für jenen Gerichtsbrauch gar kein bestimmtes Criterium entdecken lässt, nach dem er, den Actienverein von einer anderen societas quaestuaria unterscheidend, die mehrmals gedachte Bevorrechtung zu versagen oder zuzugestehen sich nach theoretisch feststellbaren Grundsätzen berufen finden möchte, so scheint die Consequenz dahin zu führen, dass es nur von der Wahl einer unwesentlichen Form abhängt — m. s. S. 321. — ob Gesellschafter aus den Geschäften ihrer Institoren sollen gehalten sein oder nicht.

Sehen wir von diesem, ist er gegründet, gegen den gedachten Gerichtsbrauch allerdings entscheidenden Ein-

wand ab, so sind der von ihm sanctionirten, zu einer Critik auffordernden Sätze hauptsächlich zwei:

1) der Actionair kann nicht aus dem Geschäfte des Institors belangt werden *).

2) Nur der Institor kann belangt werden, und ist nur gehalten, so weit ihm der Fond des Vereins in den Stand setzt, die contrahirte Verbindlichkeit zu erfüllen.

§. 7.

Fortsetzung. Critik des 1sten Satzes.

Dass der einzelne Actionair nicht solidarisch soll verbunden sein, darüber darf man sich jeder Discussion enthalten; denn da die Solidarität der Handlungsgesellschafter überhaupt nur auf dem Gerichtsbrauche beruhet, so würde es jedenfalls, wenn man auch die Actionairs aus den Geschäften der Institoren liesse belangt werden, eine rühmliche Bedächtigkeit sein, nicht sofort auf ein neues Institut erstreckt zu haben, was man bisher in Beziehung auf ein älteres für angemessen hielt, wobei jedoch auch hier der präjudicielle Einwand wieder hervortritt, dass jener Gerichtsbrauch jeder beliebigen, zu einem von Institoren betriebenen Etablissement zusammentretenden Anzahl von Personen die Möglichkeit bietet, durch den angenommenen unwesentlichen Namen Actienverein sich der Solidarität zu entziehn. Ferner würde darauf, dass man den Actionair, so lange keine versio in rem statt gefunden hat, auch nicht einmal pro parte virili lässt obligat werden, nicht viel in Praxi ankommen, wenn nur sonst derjenige, welcher mit den Institoren contrahirt hat, allen denjenigen Schutz fände, den er sich gewährt zu sehen berechtiget ist, da die Forderung sehr gross und die Zahl der Actionairs über-

*) Der Zusatz S. 319., dass der Actionair de in rem verso könne belangt werden, fällt von der Betrachtung aus. Denn diese Klage würde auf einem weit allgemeineren Fundamente beruhen, welches factisch herzustellen auch hunderte von ganz andern Verhältnissen im Stande sind.

aus gering sein müsste, sollte sie nicht in der Virilportion zu einer Kleinigkeit herabsinken, die von allen oder nur der Mehrzahl der Actionairs einzuklagen, wegen deren Entfernung und Zerstreutheit die meisten Male unausführbar, auch wegen Häufung der Kosten ohnehin unerspriesslich sein würde. Das nun aber läugnet der Verfasser mit grösster Bestimmtheit, dass man, indem man dem Dritten die Klage gegen die Institoreu nur bis zu dem Betrage der Sufficienz des Fonds gegeben hat, dem Dritten das ihm gebührende Recht habe angedeihen lassen. Dies wird hoffentlich der nachstehende §. beweisen.

§. 8.

Fortsetzung. Critik des 2ten Satzes.

Man erwäge, zu welcher immensen Anomalie es schon in der äussern Erscheinung führt, das Directorium des Vereines zu condemniren, dies jedoch nur insoweit, als die Mittel der Gesellschaft ausreichen. Man sollte meinen, ein Gläubiger könne, was er zu fordern hat, nicht vollständig erhalten nur unter der Voraussetzung, dass der Schuldner sich insolvent erkläre. Wer erklärt sich aber insolvent, daferne die Fonds des Vereins unausreichend zu Tilgung der Schuld sind? Niemand; nicht die Administratoren, denn nicht sie, sondern der Fond zahlt unvollständig; kein Actionair, denn dessen Name wird nicht genannt; nicht der Verein, der gar keine juristische Persönlichkeit repräsentirt, also auch nicht als moralische Person insolvent werden kann, für die er ohne Confirmation nicht gelten darf; die Casse soll insolvent werden, welche somit von jenem Gerichtsbrauche alsdann, wenn sie insolvent ist, einer moralischen Person gleichgestellt wird. Damit ist aber auch das geschäftstreibende Publicum offenbar gefährdet. Directorium, Ausschuss und Generalversammlungen können sich zu den schwindelhaftesten Dispositionen verlockt finden, wenn im schlimmsten Falle nichts weiter zu befürchten steht, als eine Insolvenz, die Niemandes

Namen und persönlichen Credit compromittirt. Dies verhält sich theoretisch und factisch ganz anders bei einer wirklichen moralischen Person; theoretisch, weil eine solche in der Bestätigung das Privilegium hat, dass sie, obschon keine wirkliche Persönlichkeit, dennoch könne insolvent werden; factisch, weil moralische Personen und die Administration ihres Vermögens in der Regel unter Controlen gestellt sind, welche insolide Unternehmungen wo nicht unmöglich machen, doch jedenfalls ganz anders erschweren, als bei Unternehmungen verbürgt ist, die von Haus aus zwar die aleatorische Absicht mit der Societé en commandite gemein haben, nicht aber das die Ausführbarkeit derselben gewährende juristische Fundament.

Man sieht ohne Weiteres, wie jene Anomalie vermieden und das Publicum gegen schwindelhafte Unternehmungen von Actienvereinen ganz anders und besser sicher gestellt würde, wenn man die verurtheilten Directoren zu Erfüllung der im Urthel auferlegten Verbindlichkeit als Selbstschuldner und nicht in Verhältniss zu der Sufficienz des Vereinfonds anhielte. Thut man dies nicht, so verstösst man aus Convenienz gegen des Publicums Prädilection für Actienunternehmungen erstlich gegen entschieden gemeinrechtliche Grundsätze und dies zwar zweitens auf eine Weise, für welche der Verfasser keinen zusagenden Rechtfertigungsgrund des Gerichtsbrauches entdecken kann.

Hierüber Folgendes:

Die Directoren des Vereins sind Institoren, das wird niemand bezweifeln. Jedes Geschäft aber, das ein Institor in Hinsicht auf das ihm anvertraute Geschäft contrahirt, verbindet ihn eben so, als wenn das Geschäft sein eignes wäre. Dass er, indem er contrahirte, einen administrativen Act vollführte, modificirt die übernommene Verbindlichkeit nicht auf beschränkende, sondern den Dritten bevorrechtende Weise, und zwar in der Maasse, dass der Dritte nicht blos gegen den Institor, sondern auch gegen den Präponenten und eben

so gegen diesen klagen darf, als er gegen den Institor klagen dürfte. Schon die überall ausgesprochene Gleichstellung zwischen der Klage gegen den Institor und der actio adjectitiae qualitatis gegen den Präponenten beweist, dass jener in nicht minderem Umfange als dieser obligat wurde. Es sollte entbehrlich sein, diese Behauptung mit Gesetzstellen zu belegen, und überhaupt hierbei zu verweilen, da so ziemlich alle in den Titeln de exercitoria und institoria actione uns überlieferten Fragmente sie rechtfertigen; indess ein weiter unten citirter Rechtslehrer beweist, dass es nicht entbehrlich ist.

Die gesammte Theorie von dem Mandate, nach welcher im röm. Rechte der Mandatarius gegenüber dem Dritten, mit dem er contrahirt, als dominus negotii angesehen wird (m. vergl. des Verfassers Pandectenrecht Th. 1. Bd. 1. S. 23. flgde.), beweist, dass es nicht anders sein kann. Nimmt man nun hierzu, dass die institoria und exercitoria actio aus des freien Schifführers oder Factors Geschäftsführung auf einem späteren Fortschritte der Praxis beruht*), so wäre im ältesten röm. Rechte, wenn dasselbe den Geschäftsführer nur zu dem Betrage des vorhandenen Fond obligat gemacht hätte, den Mitcontrahenten des freien Institors

*) Gaj. instit. comment. Lb. IV. §. 70. u. 71. Inprimis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum Praetor actionem in patrem dominumve comparavit ..... Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam, tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus fuit, negotium gestum erit. .... Quin etiam, licet extraneum quisquam magistrum navi praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea Praetoria actio in eum redditur.

Hoffentlich wird das in solidum Niemanden irre führen, als solle damit gemeint sein, von dem Präponenten fordere man vollständig, was von dem Institor nur mit minderer Vollständigkeit dürfe gefordert werden. Das in solidum bezeichnet in jener Stelle den Gegensatz zur Actio tributoria und derjenigen qua in peculium filiorum familiae servorumque agitur (Gaj. l. c. §. 69.). Denn diese beiden Klagen gewährten nur bedingt die Zahlung der vollständigen Schuld.

zu gefährden gradehin factisch bestehendes Princip gewesen; auch würde ein solches Princip aus Mitleid gegen den Institor gelten zu lassen, kein Grund vorhanden gewesen sein; denn (nicht zu erwähnen, dass die Römer überhaupt keine sonderlichen Freunde von juristischer Barmherzigkeit waren), entweder hatte der Institor die legem praepositionis überschritten oder nicht. Letzterenfalls musste ihn der Präponent liberiren, ersterenfalls hatte er sich den Verlust selbst zuzuschreiben, und wenn er die legem contractus nicht überschritten, aber auch nicht genug zu seiner unmittelbaren Befriedigung in Casse, und ausserdem der Präponent kein eigenes, zu Befriedigung des Institors ausreichendes Vermögen hatte, so trug billig letzterer die Folgen seines leichtsinnigen Verfahrens. Es läuft gegen den Begriff einer actio adjectitiae qualitatis, welche decken sollte, was ich aus dem mit einem andern eingegangenen Contracte zu fordern hatte, dieselbe auf ein plus der von dem andern contrahirten Verbindlichkeit zu beziehen*). So sagt bereits Höpfner in dem Institutionencommentar §. 1149.: Wer mit einem Factor über Geschäfte contrahirt, denen dieser vorgesetzt ist, kann a) gegen den Factor selbst, b) gegen den Principal klagen.

Kein Wort bei Höpfner von einem Unterschiede beider Klagen in Beziehung auf das Object.

Allerdings, und darum dürfen wir jetzt noch nicht das Unbestreitbare für alle Welt erwiesen ansehen, finden sich bei neueren Rechtslehrern Aeusserungen, welche dem Verfasser entgegenzustehen scheinen. So liest man z. B. in Mackeldey Lehrbuch des röm. Rechts 11te Ausgabe §. 476b.: gegen den magister navis kann, so lange er im Amte ist, geklagt wer-

*) Dass dem nicht Stellen entgegenstehn, wie l. 7. §. 2., de instit. actione (14. 3.) Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit, wird wohl niemand bezweifeln. Wenn den Präponenten die lex institutionis verpflichtet, so kann gegen ihn geklagt werden, auch dann, wenn aus speciellen Gründen gegen den Institor selbst keine Klage möglich ist.

den, dass er die für den exercitor eingegangenen Verbindlichkeiten aus dessen Vermögen erfülle. Dabei wird citirt l. 1. §. 17. de exercitoria actione (14. 1.), wo die Worte: est autem nobis electio utrum exercitorem an magistrum convenire velimus, nicht mehr und nicht weniger als den Höpfnerischen Lehrsatz aussprechen. Ferner (ebend.) liest man bei ihm folgende Worte: „nach niedergelegtem Amte hat nur insofern gegen den magister navis eine Klage statt, als er aus einem oder dem andern Grunde für seine Person verpflichtet ist," was ebenfalls darauf hindeutet, dass derselbe nicht gehalten sei, sobald keine Fonds mehr zu seiner Disposition gestellt sind. Jedoch welche Stellen des Corp. Jur. sollen dies beweisen?

l. 67. de procurat. (3. 3.) Procurator, qui pro evictione praediorum, quae vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere Praetoris auxilio non levabitur. Nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat.

Die Stelle beweist weiter nichts, als dass der Procurator für den Mitcontrahenten als dominus negotii galt, und also, wenn er verkaufte, auch die Evictionsleistung übernehmen musste. (M. s. S. 301.).

l. 1. §. ult. quod jussu (15. 4.). Si curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi jubente, cum servo contractum sit, putat Labeo, dandam quod jussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem Labeo ait.

l. 15. ratam rem haberi (46. 8.). Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si judicio petitum esset. Si autem in jus eum vocaverit, et satis judicio sistendi causa acceperit, judicium tamen coeptum non fuerit, ego puto non committi stipulationem amplius non peti; hic enim non petit, sed petere vult. Si vero soluta esset pecunia, licet sine judicio, committitur stipulatio. Nam et si quis adversus petentem compensatione

deductioneve usus sit, recte dictum est, petisse eum videri, et stipulationem committi amplius non peti; nam et heres, qui damnatus est non petere, si horum quicquam fecisset, ex testamento tenetur.

l. 19. eod. In stipulatione, qua procurator cavet ratam rem dominum habiturum, id continetur, quod intersit stipulatoris. Idemque juris est in clausulis omnibus de dolo malo.

l. 6. §. 1. u. 2. de condict. indebiti (12. 6.). Idem Labeo ait: si procuratori indebitum solutum sit, et dominus ratum non habeat, posse repeti. §. 2. Celsus ait: eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari, neque ratihabitionem considerari: quodsi indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

l. 57. §. 1. eod. Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit; majore pecunia soluta, procurator indebiti causa convenietur. Quodsi nominatim, ut major pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo, qui delegavit, erit actio; quae non videtur peremta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

Die Missbräuchlichkeit solcher Citate in einem so berühmten Buche geht über alle Begriffe. Die nämlichen Citate, nur statt l. 15. rem ratam haberi die l. 13. eod. *), sind in Mackeldey (ebendas. §. 393.) angezogen, um hinsichtlich eines jeden Mandatar die Behauptung zu rechtfertigen, es könne denselben, so lange sein Auftrag dauere und er Vermögen des Mandanten in Händen habe, der Dritte belangen.

Die einzige, von Mackeldey nicht citirte Stelle, die dem Verfasser entgegen zu stehen scheint und denselben früher — m. s. dessen Pandectenrecht Th. 1. Bd. 1. S. 323. — auf einen Abweg geführt hat, ist l. 20. de

*) Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

instit. act. Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Cajo Sejo cavit in haec verba: Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias. Quaesitum est: Lucio Titio defuncto sine herede, bonus ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis posssit? Respondi: nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio, ad fidem mensae protestandam scripsisset.

Hier sollte allerdings ein Institor nicht gehalten sein, nachdem der Präponent gestorben, der Nachlass von niemandem angetreten und der Verkauf sämmtlicher Güter des Verstorbenen erfolgt, also gewiss auch kein zu des letzteren Vermögen gehöriges Zahlungsmittel in des Institors Händen geblieben war. Vor allen Dingen bemerke man, dass*), daferne es bei den Römern Grundsatz gewesen wäre, nur so lange und insoweit haftet der Institor, als er Vermögen des Präponenten in der Hand hat, alsdann in einem Falle, wo die Gewissheit, der Institor habe keines in der Hand, so stark pronoucirt vorlag, kein Jurist die Frage hätte aufwerfen können, ob der Institor wohl gehalten sei. Alsdann hätte nur eine quaestio Domitiana die Negative in Zweifel ziehen können. Demnach muss der Grund, weshalb der Terminalis nicht soll verbunden sein, in dem Speciellen des Verhältnisses beruhet haben; und dies ist unschwer zu entdecken.

Nichts liegt gegen den Terminalis vor, als ein von ihm ausgestellter Schein, des Inhaltes: Du hast 1000

*) Da Lucius Titius der Präponent und Octavius Terminalis der Institor war, der dem Cajus Sejus cavirt hat, so sollte man meinen, müsste die Zuschrift, in der dies geschah, also lauten: O. T. rem agens Lucii Titii, Cajo Sejo salutem etc., indess wir wollen diese dem Verfasser unerklärliche Schwierigkeit fallen lassen, und uns die factischen Verhältnisse so denken, wie sie wohl auch nicht anders gewesen sein können: Jemand hatte eine Quantität Geld in einer von dem Libertus betriebenen Wechselbank, und dieser stellte ihm einen Schein des angegebenen Inhaltes aus.

Denare in der Bank und an dem gesetzten Tage habe ich sie auszuzahlen.

Wenn nun die mensa nummularia bonis Lucii Titii venditis verschwunden ist, wer will den Terminalis alsdann noch zur Zahlung gehalten glauben, selbst wenn man den Institor aus Contractsverhältnissen verbunden sein lässt, wie derselbe es gewiss nach röm. Rechte war. Dieser hat ja damit gar kein Geschäft abgeschlossen, sich weder zum Depositar*) noch Erborger

*) M. s. l. 24. depositi (16. 3.). Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta, tibi notum facio; quos quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi: depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur; nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio, sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderari temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur. Die Worte esse apud me, numerabo werden hier zunächst auf ein depositum bezogen, das erst dann zu einem creditum wird, wenn eine besondere Verabredung getroffen war, ut tantundem solveretur. Man sieht aus diesem Fragmente, wie von jemandem Geld aufzunehmen nicht blos dann, wenn man dasselbe in iisdem speciebus zu erstatten sich verpflichtete, sondern auch dann, wo man nur tantundem zurückzuzahlen versprach, sehr häufig als ein blosses beneficium in suscipienda pecunia angesehen wurde, durch welches der Empfangnehmer den Geber einer, unter gegebenen Umständen dem Geber beschwerlichen Aufbewahrung des Geldes überheben mochte. Betrachten wir den von Terminalis ausgestellten Schein unter diesem Gesichtspuncte, so finden wir einen anderweiten Grund, weshalb er nicht gehalten war, easdem species oder tantundem zu restituiren. Man denke sich A. verreist, und bittet den Banquier B., seinen, des A., Geldvorrath von 2000 Thlr. in der Casse entweder in versiegelten Säcken aufzubewahren, deren Inhalt nicht mit des B. Geldern vermengt werden soll, oder A. zahlt 2000 Thlr. an des B. Casse ein, damit ihm bei der Rückkehr ebensoviel daraus zurückgezahlt werde. Weder in dem einen noch in

bekannt; also: jure non est obligatus; dass aber auch nicht einmal eine Billigkeit, ihn zu verurtheilen vorliegt, ist ebenfalls gewiss. Er hat weiter nichts gethan als was das officium eines Institors mit sich bringt, und in dem ersten Augenblicke seiner Geschäftsführung geschehen kann, ehe er noch irgend einen dadurch veranlassten Contract geschlossen hat; er hat weiter nichts gethan, als jemandem einen Schein über das demselben laut der Buchführung zustehende Guthaben ausgestellt, fidem mensae protestatus est. Wer würde wohl einem Rentbeamten, wenn er ihn auch wie einen Institor des röm. Rechts beurtheilte, und denselben, daferne der Beamte in Beziehung auf seine amtlichen Verhältnisse contrahirte, für eben so verbunden hielt, als wenn derselbe es in seinen eigenen Angelegenheiten thut, um deswillen Zahlung ansinnen, weil derselbe an jemanden geschrieben habe: Sie haben 1000 Thlr. aus der Rentcasse zu erheben und können sie gegen Rückgabe gegenwärtigen Scheines in Empfang nehmen, — dann aber über Nacht Krieg oder Brandschaden von der ganzen Rentamtirung nur die leeren Wände übrig liesse? Mit jenem Briefe hat er das officium eines Cassirers erfüllt, nicht contrahirt. Angenommen, selbst der Eigner eines Geschäftes schreibt: „für Ihre Rechnung befinden sich laut gegenwärtigen Scheines bei mir 1000 Thlr., die Sie morgen in meinem Gewölbe abzuholen haben," so würde man blos um deswillen ihn nicht zur Zahlung anhalten, wenn vor dem Abholen das ganze Etablissement in Folge eines ausserordentlichen Ereignisses verschwände.

Nach alle dem spricht der Verfasser über den Fall, womit der gegenwärtige Aufsatz sich beschäftiget, die Ansicht aus: da eine Klage gegen Institoren aus einem Contracte vorlag, den sie in Beziehung auf das ihnen anvertraute Geschäft geschlossen hatten, so waren die Beklagten dem andern Falle wird man, da ferne die Casse des B. ausgeplündert wird, das susceptae pecuniae beneficium zu einem Grunde machen wollen, aus seinen Mitteln das Erhaltene zu restituiren.

nach röm. Rechte zu verurtheilen, nicht insoweit ihnen die Fonds der Gesellschaft die Mittel dazu boten, sondern unbedingt, und wäre man ausser Stande gewesen, eine solche Verurtheilung mit Stellen der Pandecten zu begründen, so hätte der Gerichtsbrauch, nachdem er die Eigner der Negotiation für unverklagbar aus dem Contracte erachtet hatte, diese Praxis einführen müssen, denn irgend jemand muss existiren, der dem aus einem Bilateralcontracte Verpflichteten als vollständig und unbedingt zur Gegenleistung verpflichtet gegenüber steht.

§. 9.

Beseitigung möglicher, gegen die ausgesprochene Ansicht gedenkbarer Einwendungen.

Man könnte sagen, vielleicht ist dem ältesten Urthelsverfasser kein Beispiel vorgekommen, wo man auch nur die Absicht gehabt hätte, einen Institor aus Geschäften, die er für das ihm anvertraute Etablissement abgeschlossen hat, für seine Person in Anspruch zu nehmen, geschweige dass man einen Institor aus einem solchen Geschäfte verurtheilt hätte; antiquirt aber ist dasjenige röm. Recht, von dessen Ausübung sich keine Spur in den Gerichtsprotocollen findet.

Darauf ist zu entgegnen: eine Rechtsnorm, die mit dem röm. Rechte bei uns recipirt worden, kann durch die Nichtanwendung obsolet und ausser Praxis gesetzt werden nur dann, wenn das Bedürfniss wegfällt, sie in Anwendung zu setzen. Dies Bedürfniss ist bei den mit der Procura eines Handlungshauses versehenen Comptoiristen weggefallen. Heutige Institoren pflegen in der Eigenschaft von Procuristen unter der Firma des Hauses zu contrahiren und machen die Theilhaber der Firma in solidum verbindlich. Hier fällt das Bedürfniss hinweg, den Procuristen in Anspruch zu nehmen. Wenigstens würde es zu den seltensten Fällen gehören, wenn man von einem solchen Comptoiristen ausklagen könnte, was das Haus zu leisten ausser Stande wäre. Wenn aber Erwerbsgesellschaften in einer bisher unerhörten Ge-

staltung auftreten und Approbation des ausserordentlichen Anspruches finden, von dem Factor contrahirte Schulden ein für allemal aversionaliter mit einer bestimmten Summe abgethan zu haben, so kann für solche Fälle das röm. Recht nicht antiquirt sein. Das Bedürfniss, es anzuwenden, liegt klar zu Tage; und in solchen Fällen ist es noch nicht unangewendet geblieben, denn sie sind eine allerneueste Erscheinung.

Noch mehr: nicht nur dass bei der Actiengesellschaft und den von deren Factoren abgeschlossenen Contracten ein ganz anderes Rechtsbedürfniss sich ergiebt, als bei den von dem Procuristen eines Handlungsinhabers abgeschlossenen, auch die Form des Geschäftes macht hier das röm. Recht unanwendbar; in ihr spricht sich die Vorstellung aus: jedes von der Firma garantirte Geschäft ist von dem Firmaführer zu vertreten, und wenn sie der Procurist unterzeichnet hat, ist die Unterzeichnung von einer dazu legitimirten Person erfolgt. Wer die Verhandlungen des Contractes geführt hat, ist etwas Gleichgültiges, genug, dass die Unterschrift der Firma nicht diffitirt werden kann. Auf der Unterschrift eines Procuristen beruhen Hunderte von Geschäften, von denen der Procurist erst dann etwas erfährt, als er unterzeichnet. Der Procurist kann Institor sein, er muss es aber nicht sein, und ist häufig nur um deswillen Procurist, damit der Principal nicht immer selbst die Feder anzusetzen brauche. Seinen Namen unterschreibt er nicht als den eines Contrahenten, sondern als legitimirte Unterschriftsmaschine. Also erscheint die vermeintliche Obsoletheit des röm. Rechts in Hinsicht auf des Institors eigne Verbindlichkeit als ein Missverständniss. Nicht der Rechtsgrundsatz ist obsolet, sondern das factische Verhältniss, auf das man es anwenden könnte. Niemand würde Bedenken tragen, ersteren anzuwenden, wo sich letzteres fände. Man denke sich z. B. Lucius, der ein Handlungshaus unter der Firma seines Namens etablirt hat, macht banquerout, und es kommt heraus, dass er nur der Institor des Cajus gewesen ist, der seine Präposition geheim gehal-

ten|hat, um von einem möglichen Banqueroutte des Hauses nicht mehr besorgsn zu müssen, als den Verlust des Fonds, womit er es ausgestattet hat. Wem könnte es zweifelhaft sein, dass ganz im Sinne des röm. Rechtes Lucius als Contrahent und Cajus als Präponent verbunden worden sei?

Ferner liesse sich sagen: Mehr als die Activen betrügen zahle auch kein gewöhnliches Handlungshaus; was verlöre also derjenige, welcher mit einem Actienvereine contrahire und am Ende ebenfalls nur insoweit Deckung erhalte, als die Mittel des Vereins sie möglich machen? Allein so wahr es einerseits ist, dass eine leere Casse eine leere Casse bleibt, sie sei die eines Actienvereines oder einer gewöhnlichen Compagniehandlung, eben so wahr ist es auch, dass, hält man den in Frage gestellten Gerichtsbrauch fest, derjenige, welcher mit einer Compagniehandlung contrahirt in Hinsicht auf die mögliche Leerheit der Casse ganz anders steht, als wer mit den Directoren eines Actienvereins contrahirt. Dort garantirt aller Werth den die Firmainhaber auf Ehre und Reputation, auf ihre bürgerliche Existenz legen, ihm dafür, dass sich keine leere Casse aufthun werde. Hier laufen die Directoren vielleicht Gefahr, sich in der öffentlichen Meinung zu compromittiren, ihre bürgerliche Existenz bleibt unangetastet. Nicht zu gedenken, dass fast aller Orten Handlungsgeschäfte (solche oder ähnliche betreiben die meisten Actienvereine) gegen den Schuldner zur contrainte par corps führen. Um dieses wirksamste Executionsmittel bringt der Gerichtsbrauch den Gläubiger des Actienvereins, wenigstens kann es eher nicht gegen den Beklagten angewendet werden, als bis ein Process darüber geführt ist, ob das Geschäft solvent oder insolvent sei.

Endlich, noch ein Einwand den man machen könnte, ist folgender:

Ein Actienverein bildet sich nie ohne öffentliche Bekanntmachung. Sobald aber ein Geschäft, vor dem Publicum erklärtermaassen, das Geschäft eines Vereins ist, der in der Absicht gebildet wurde, dass die Actio-

nairs nicht aus dem Geschäfte der Institoren sollte gehalten sein, so muss, könnte man sagen 1) nicht nur dies sich jedermann gefallen lassen, der mit einem solchen Vereine contrahirt hat; denn er wusste in welcher Modalität man mit ihm contrahiren wolle, sondern 2) er begiebt sich auch des Rechtes die Institoren ultra vires negotiationis in Anspruch zu nehmen; denn von selbst muss ihm einleuchten, dass diese weiter nichts haben sein wollen als das Organ, durch welches das Etablissement gewinnt oder verliert, dass aber sie in keinem Falle sich haben obligat machen wollen. Was nach gemeinen Rechte von dem ersten Satze zu halten sei, ergiebt sich aus dem Obigen. Jedoch darüber ein Wort weiter zu sagen scheint entbehrlich, da der Verfasser weit entfernt ist zu behaupten, dass der Gerichtsbrauch zu tadeln sei, weil er, diesen Satz geltend lassend, sich den Anforderungen des industriellen Publicums conformirte. Das Bedenkliche scheint dem Verf. darinne zu liegen, dass man das röm. Recht in Beziehung auf den zweiten aufgegeben hat. Mehrere Gründe als die bisher angegebenen dürften sich dafür nicht einmal scheinbarer Weise geltend machen lassen. Der Verfasser glaubt sie sämmtlich widerlegt zu haben, bis auf den zuletztgedachten in dem Satze unter Nr. 2. ausgesprochenen, nach welchem, wer mit einem Actienverein durch dessen Geschäftsführer contrahirt, ipso facto einverstanden sein soll, nicht nur die Actionairs überhaupt gar nicht sondern noch überdies die Institoren nicht ultra vires negotiationis in Anspruch zu nehmen. Dagegen ist nun zweierlei einzuwenden.

1) Mit einem Actienverein contrahirt zu haben, involvirt jene stillschweigende Willenserklärung nicht mit hinreichender Bestimmtheit.

Auf die Absicht welche die Institoren, als sie das Geschäft übernahmen, gehabt haben, dürfte gar nichts ankommen. Auch der römische Institor, der mir bekanntermaassen nicht Eigenthümer des Geschäftes war, indem ich mit ihm über Geschäfte contrahirte, zu welchen ihn die öffentlich aushängende lex praepositionis

autorisirte, hatte nicht die Absicht für das Geschäft zu bezahlen, aus dem durch seine Mühwaltung der Präponent Gewinn ziehen wollte, und dennoch war er gehalten. Woraus will man denn folgern, dass, wer mit dem Institor eines Actienvereines contrahirt, sich derjenigen Rechte begäbe, die ihm das röm. Recht zuspricht und erst die Ungründlichkeit neuester Rechtslehrer abspricht*)? Nur auf das Erkannte kann man Verzicht leisten, wieviele aber von denen, die mit einem Actienetablissement contrahiren, wissen denn überhaupt etwas von röm. Recht und Rechtslehrern; alle aber gehen von der Vorstellung aus, dass wenn ein Etablissement besteht und dass wenn ich mit diesem Etablissement durch dessen Organe contrahire jemand mir persönlich verpflichtet werden muss. Der bestrittene Gerichtsbrauch aber substituirt der persönlichen Klage eine andere, für die es in dem System gar keinen Namen giebt, man müsste sie denn eine actio in rem scripta nennen wollen. Auch werden die Bekanntmachungen, welche der Errichtung eines Actienvereines vorher gehn, gar nicht in dem Sinne und in der Absicht erlassen, die etwanigen Contrahenten zu warnen, dass, wie die Actionairs gar nicht, so auch die

*) Der Verfasser kann sich nicht enthalten, noch eine Stelle zu citiren, aus welcher mit höchster Evidenz hervorgeht, wie sehr jene Ansicht dem röm. Rechte entgegenläuft; es ist l. 5. §. 1. de exercit. act. (14. 1.). Item si servus meus navem exercebit, et cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit, quominus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel jure civili, vel honorario competit. Nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quominus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur.

Lucius hat einen Sclaven Davus. Davus ist exercitor navis und der freie Cajus ist dessen magister navis. Lucius contrahirt mit dem Cajus, mit dem magister navis seines Sclaven, und verklagt den Cajus aus dem Contracte auf die Erfüllung. Da nun Lucius ohnehin alles, was der Davus hatte und also auch dessen Schiff und die Mittel, womit Cajus das Geschäft trieb, sofort an sich nehmen konnte, so hätte die Klage gegen Letzteren gar keinen Zweck gehabt, wenn bei der Verurtheilung auf des Cajus Verhältniss als magister navis eine Rücksicht wäre genommen worden.

Geschäftsführer nur in Verhältniss zur Solvenz des Fonds gehalten sein wollten, sondern statt dessen erfährt das Publicum nur, dass ein Capital zusammengeschossen sei, welches, grösser als einzelne Privaten es zusammengebracht haben dürften, grösseren Credit sich versprechen dürfe, als die Mittel eines Privatmannes. Ueberdies ist niemand gehalten jene Bekanntmachungen zu lesen. Man nehme einmal A. und B. hätten eine Handlung etablirt und in den ausgegebenen Circularen bekannt gemacht, sie wollten aus den Handlungsgeschäften nicht solidarisch, sondern nur jeder pro parte virili gehalten sein. Der Verfasser möchte sehr bezweifeln, ob man demjenigen, der mit dem Hause contrahirt hätte, nachdem er erweislichermaassen das Circular gelesen, die Klage in solidum gegen die einzelnen Theilhaber absprechen würde, ganz gewiss aber würde niemand sie demjenigen absprechen, der, unbekümmert darum was bekannt gemacht worden sein könne, contrahirt hat, weil er überzeugt war, alle Rechte mit dem Contracte erwerben zu müssen, welche naturalia negotii sind. Endlich leuchtet ein, dass man die Directoren nicht in der Eigenschaft blosser Procuristen kann gelten lassen; denn sie unterschreiben ja nicht eines andern Firma, sondern eine Firma welche zu zeichnen sie allein berechtiget und darum, sollte man meinen, nicht nur allein sondern auch vollständig zu vertreten gehalten sind.

2) Obschon der Verfasser überzeugt ist, dass wer überhaupt aus keinem gegebenen Rechtsgrunde verbunden war, Notiz von einer Sache zu nehmen, auch dann nicht verbunden wird, wenn ihm die Kunde davon sollte zufällig geworden sein, dass wohl die Staatsgewalt öffentliche Bekanntmachungen über die Rechte, welche dem Privatmanne aus den mit dem Fiscus geschlossenen Geschäfte zustehen sollen, wirksamer Weise erlassen kann, nicht aber der Privatmann limitirt in Gemässheit eines pacti adjecti obligat werden darf, über das er sich nicht speciell mit seinem Mitcontrahenten vereiniget, sondern das er ein für allemal als die conditio sine qua

non künftighin von ihm einzugehender Geschäfte proclamirt hat, obschon von alle dem der Verfasser fest überzeugt ist, so kann man doch auch diese Ueberzeugung fallen lassen und man wird demohngeachtet keinen ausreichenden Rechtsgrund entdecken, den Geschäftsführer eines Actienvereines blos in der von dem Verfasser bestrittenen Weise obligat zu machen. Denn die Erklärung nur insoweit haften zu wollen als die Grösse eines gewissen Vermögenscomplexes dies gestattet, kann in keinem Falle der Verbindlichkeit überheben, den Mitcontrahenten insoferne zu entschädigen, als man auf eine vertretungspflichtigmachende Weise verschuldet hat, dass derselbe ein Geschäft abgeschlossen, bei dem er durch die Insufficienz jenes Vermögens einen Verlust erleidet. Kann man nun wohl aber den Institor, welcher den Fond für banquerout und insolvent erklären muss, von einem solchen Verschulden freisprechen? Wer unter eigenem Namen und auf seine Rechnung contrahirt, erklärt, so gewiss er nicht für einen Betrüger oder leichtsinnigen Menschen will gehalten sein, indem er contrahirt, dass er überzeugt ist, den übernommenen Verbindlichkeiten genügen zu können und dass diese Ueberzeugung auf keinen sanguinischen Selbsttäuschungen beruht. Dieser stillschweigend ausgesprochenen Garantie nicht entsprechen zu können, mit andern Worten: Banquerout zu machen, läuft nur in den seltensten Ausnahmfällen auf kein eignes Verschulden hinaus; denn für ein solches muss man es halten, wenn jemand Credit giebt oder nimmt, Käufe und Einkäufe calculirt und dies zwar, obschon andere Personen bei dem Erfolge interessirt sind, nach Voraussetzungen die keine entschiedene Gewissheit sind. Da selbst die meisten Ereignisse, die unter den Begriff der vis major fallen, durch Assecuranzen unschädlich werden, so ist — die allerseltensten Ausnahmefälle abgerechnet — ein unverschuldeter Banquerout höchstens nur ein solcher, welcher nicht wegen betrügerischer Absichtlichkeit oder culpa lata zu criminellem Verfahren auffordert. Kein Grund ist abzusehn, weshalb nicht

auch der Institor eines Actienvereins jene stillschweigende Garantie der Solvenz des Geschäftes übernähme. Wollte man für einen solchen Grund die Eventualität gelten lassen, dass ihm die Administration entzogen und er von einem andern Institor abgelöst werden und unter dessen Administration die Insolvenz herbeigeführt werden kann, so ist dagegen zu erwägen, dass auch ihm, als er contrahirte diese Eventualität nicht hätte entgehen sollen. Der Mitcontrahent hatte sich nicht darum zu bekümmern, der, indem er dem Institor die Ehre nicht verweigern durfte, denselben für einen vollständig besonnenen und gewissenhaften Mann zu halten, zugleich berechtiget war, vorauszusetzen, dass schon auf dessen Seite reiflich erwogen sei, ob eine solche Eventualität zu besorgen sei.

Dies die Gründe aus welchen der Verfasser nicht nur bestreitet, dass die Theorie ein Moment an die Hand gäbe, in Folge dessen man den Institor eines Actienvereins für verbunden aus den von ihm geschlossenen Geschäften blos in Verhältniss zu den Mitteln der Vereinscasse erachten könne, sondern auch der Ueberzeugung ist, dass ein entgegenstehender Gerichtsbrauch das Recht derjenigen beeinträchtige und blos stelle, die mit Institoren eines Actienvereins contrahirten.

§. 10.

Zusatz. Ueber die Begebbarkeit der Actien.

Indem der Gerichtsbrauch sich dahin entschieden hat, dass nicht die Actionairs aus Geschäften des Vereins in Anspruch dürfen genommen werden, ist zugleich anerkannt, dass jeder Actionair willkührlich aus dem Vereine ausscheiden und insonderheit seine Actien beliebig veräussern kann. Denn in Folge jenes Gerichtsbrauches giebt er damit nur Rechte auf ohne sich zugleich einer Verbindlichkeit zu entschlagen und ersteres muss, insoweit es nicht zugleich auf letzteres hinausläuft, in eines jeden Belieben gestellt bleiben. Hieraus folgt aber auch — und dahin hat sich das K. S. O.-A.-Gr. in mehrmaligen Erkenntnissen ausgesprochen

— dass die Begebbarkeit einer Actie und das Befugniss mit Begebung derselben aus dem Vereine auszuscheiden, erst von dem Augenblicke an statthaft sein kann, wo die Actie vollständig ist eingezahlt worden. Von der Richtigkeit dieses Satzes wird man sich überzeugen, sobald man den zu errichtenden Actienverein von dem errichteten unterscheidet. Wenn jemand — meistentheils geschieht es von einer Mehrheit von Personen — bekannt macht, es solle eine Actiengesellschaft mit einem Capitale von z. B. 100,000 Thaler in Raten zu 300 Thlr. errichtet werden, und zu dem Ende zur Zeichnung von Actien auffordert, und, wie dies häufig der Fall ist, bei der Zeichnung abschägliche Einzahlung bedingt, so geben die Unterzeichnenden gegen den Auffordernden und sich unter einander das Wort, dass sie eine solche Societät vermittelst der von ihnen geforderten Leistung, Entrichtung des Nominalbetrages einer Actie, herstellen wollen. Dieses Versprechens können sie sich nicht entbrechen, indem sie die Actien beliebig auf einen andern übertragen oder sie wohl gar, an dem Erfolge verzweifelnd, als ein nutzlos gewordenes Papier schlechthin aufgeben. Jeder der Unterzeichner ist alsdann einen jedem der übrigen Unterzeichner verpflichtet, das Versprechen zu erfüllen und vollständig zu leisten, was er zu dem gemeinschaftlichen Zwecke, Herstellung des Geschäftscapitales, zu leisten sich verbindlich gemacht. Dass Actiengesellschaften von dem ersten Augenblicke an, wo die Zeichnung begonnen hatte, die Actien haben begebbar sein lassen und damit Niemanden ist geschadet worden, das ist eine Erscheinung wodurch nicht jene theoretische Wahrheit aufgehoben wird. Wie dringend die Rechtspolitik anrathet, in dieser Beziehung die Theorie festzuhalten, das wäre, läge eine solche Ausführung in dem Plane des Verfassers, leicht nachzuweisen, nachdem bereits Erfahrungen darüber sind gemacht worden, wohin es führt, lässt man die Actien begebbar von dem Augenblicke an sein, wo dafür gezeichnet wurde.

§. 11.

Zusatz. Nachträgliche Bemerkungen zu der S. 323. §. 5. ersichtlichen Zusammenstellung der Actiengesellschaft und der société en commandite.

Der Verfasser hat bereits Bd. II. S. 25. flgde. sich über das Wesen und die Eigenthümlichkeiten der sogenannten société en commandite ausgesprochen und ein geachtetes critisches Institut darüber sich vollkommen zustimmend geäussert. Aller vermeidlichen Polemik abhold, liess er die dahin einschlagende Litteratur auf sich beruhen; denn bei einem entgegengesetzten Verfahren wäre es unvermeidlich gewesen, nicht nur diejenigen zu widerlegen, welche sowohl der Sache als dem Namen nach die société en commandite für eine societas, für eine auf Vertrag beruhende communio halten, sondern auch diejenigen, welche zwar, wie der Verfasser, der Gleichheit der Namen ohngeachtet keine Gleichheit des Rechtsverhältnisses annehmen, doch dieser Ansicht keine ausreichende theoretische Grundlage zu geben scheinen. Indess, der Verfasser findet es zweckmässig hier einiges in dieser Beziehung nachzuholen.

In der Inauguraldissertation des Hrn. D. C. W. Büller, welche (Göttingen 1837) die Frage beantworten soll: quae et quanta sit obligatio contrahentium societatem quae vocatur en commandite, liest man S. 12., cum finis societatis en commandite lucro nitatur et hujus lucri communio ineatur, non est cur dubitemus, societatem veram eam esse. Das beabsichtigte lucrum kann die Societät nicht herstellen, wohl aber wäre sie vorhanden, wenn lucri communio entstünde. Allein nach des Hrn. Dr. Büllers Ansicht entsteht diese nicht; denn soviel geht aus seinen, wenn gleich in manchen Beziehungen ziemlich unklaren S. 24. also lautenden Worten hervor: socius gerens omnibus in negoiis, quae suscepit, cavere tenetur, atque omnia habet jura, quae ex iis nascuntur. Principia juris communis, quae jubent: socios et pro rata agere posse, negotio a societatis membro perfecto, quod mandaverint vel ratum habuerint, et in

jus vocari posse pro rata; porro: eos cavere debere in solidum, sub beneficio divisionis, si cui negotium mandaverint; sine mandato autem, si versio in rem adsit — haec principia in societate en commandite cessant, licet obtineant inter socios negotiationis, cui socius en commandite aliquid intulit, aeque ac si ille non adesset.

Offenbar ist communio juris nur dann hergestellt, wenn für zwei oder mehrere Individuen aus einem und demselben Geschäfte ein und dasselbe active und passive Recht erwächst; was unverkennbar nicht der Fall ist, wenn nur der eine daraus klagen und daraus verklagt werden kann. Dass der Commanditist aus den Geschäften des Hauses weder klagen noch verklagt werden kann, dies erkennt Hr. Dr. Büller in den ebencitirten Worten an und muss es anerkennen, weil des ersteren Recht sich darauf beschränkt von dem Hause erstlich sein Capital wieder zu erhalten, insoweit nicht Verluste dasselbe absorbirt haben; und zweitens in Verhältniss seiner Einlage den Gewinn, der gemacht worden ist. Nachdem er eingezahlt hat, trifft den Commanditisten gar keine Verbindlichkeit. Mittermaier in der neuesten Ausgabe des gemeinen deutschen Privatrechtes, Regensburg 1838. Abth. II. §. 556. S. 1223. sagt: „der stille Gesellschafter könne nicht als ein blosser Gläubiger der Gesellschaft angesehen werden, sondern sei ein wahrer socius“ (welche Behauptung nicht weiter ausgeführt wird) „der aber in Bezug auf dritte Personen nicht wie ein andrer offner socius unbedingt und solidarisch hafte,“ ein Zusatz, der jene Behauptung aufhebt, da in Gemeinsamkeit des activen und passiven Rechtes die communio besteht und die Societät sich von der communio nicht wie Gattung von Gattung, sondern wie die species von ihrer Gattung unterscheidet, eine auf Vertrag beruhende communio ist. M. s. l. 2. pr. (10. 3.) communi divid. Nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. Cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerint; sine societate com-

munis est, veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est.

L. 38. §. 1. pro socio. Si tecum societas mihi sit, et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi dividundo me consecuturum, et altera actione alteram tolli, Proculus ait.

Auch lässt Mittermaier — m. s. was er am angeführten Orte über des Commanditisten Verhältniss zu dritten Personen sagt — denselben von gar keinem Verhältniss berührt werden, in dem dritte Personen zu dem Hause in Folge von Geschäften stehn, die sie mit diesem contrahirt haben. Denn darinne, m. s. Mittermaier am a. O. S. 1224, Num. VI., dass wenn das Haus insolvent wird, ehe der Commanditist vollständig eingezahlt hat, die Gläubiger des Hauses die rückständige Einzahlung fordern können, liegt nichts, was auf eine Societät hinwiese. Der Commanditist erscheint insoferne als Contractsschuldner; er muss an die Masse berichtigen, was er unberichtigt gelassen hat.

In H. G. Kind responsum ad quaestiones circa societatem en commandite. Lips. 1823. liest man S. 8. zu Unterstützung der nämlichen Behauptung: der stille Gesellschafter nehme Antheil an dem Gewinne und dem Verluste der Gesellschaft, dies aber mache das eigentliche Criterium jeder Societätsunternehmung aus. Dabei sind citirt l. 29. §. 1. und 2. pr. socio (17. 2)*). —

*) Ita coïri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.

§. 2. Aristo refert: Cassium respondisse, societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

l. 30. Mucius libro quartodecimo scribit: non posse societatem coïri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius etiam

l. 30. eod. §. 2. I. de Societate. M. vergl. um sich von dem Ungenügenden dieser Citate zu überzeugen, was Bd. II. S. 33. flg. gesagt ist. Darum hier nur die Bemerkung: die Societät ist die vereinigte negotiatio zweier oder mehrerer Personen. Herstellung und Betrieb des Geschäftes sind aber des Hauses alleinige Sache. Nach Kinds Ansicht wäre eine Societas auch dann vorhanden, wenn ein Handlungshaus mit einem Individuum X. das keinen Groschen Geld eingezahlt hätte, übereinkäme, dass wenn Gewinn gemacht würde X. davon eine tantiéme erhalten, jedoch wenn Verlust einträte, derselbe zu diesem ebenfalls in einem gewissen Verhältnisse beitragen solle. Niemand würde diesen Vertrag eine Societät nennen, dies um deswillen nicht, weil das Geschäft nicht gemeinschaftlich wäre, und die Contrahenten einander blos auf eine von Eventualitäten bedingte Weise als Gläubiger oder Schuldner gegenübergestellt würden. Schweitzer dagegen in quaest. for. de firma mercatorum spec. Lips. 1803. S. 10. spricht sich für die Ansicht des Verfassers aus, indem er zwar das res vel operas conferre und das lucri et damni par-

in notis Mucii ait: non posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligi, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coïri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

§. 2. I. de societ. De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam; Servius Sulpitius, cujus sententia praevaluit, contra sensit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam et ita coïri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligitur lucri esse.

tem ferre als Kennzeichen, jedoch nicht als die entscheidenden Kennzeichen der Societät ansieht, sondern den animum societatis contrahendae, jene Erscheinungen also für möglich auch ohne Societät hält. Doch scheint dem Verfasser dass der genannte Rechtslehrer den richtigen Gedanken unklar ausgeführt habe. Denn er weist nicht scharf und bestimmt nach wie und warum man Geld in ein Geschäft geben und partem lucri et damni ferre, dennoch aber nicht socius sein könne; welche Möglichkeit klar wird, sobald man erwägt, dass A. und B. den Gewinn und Verlust eines Etablissements unter sich vertheilen können, ohne dass beide Inhaber dieses Etablissements sind.

Frei in dem Beitrage zur Lehre von dem stillen Gesellschafter (Themis Bd. II. Göttingen 1830. Nr. XV. pag. 383. flgde.) berichtet, dass Mittermaier in der ersten Ausgabe seines Privatrechts den Satz ausgesprochen habe, nur uneigentlich könne der stille Gesellschafter ein socius genannt werden.

Dann fährt Frei also fort: „Sicher ist die Benennung auch ganz falsch, wenigstens juridisch aufgefasst; denn mögen auch Beiwörter, wie still, vertraut oder, wie Noback meint, gemächlich, noch so sehr modificiren, da einmal der Begriff nicht vorhanden ist, so passt auch das Wort auf keine Weise. In der That, es wäre ein grober Verstoss gegen die gemeinen — ich möchte fast sagen: gegen die natürlichen Vorstellungen von der societas, den Gesellschafter nennen zu wollen, welcher bei jedem, ja bei dem wichtigsten Schritte, den die Mitglieder unternehmen, nicht blos unthätig sondern streng willenlos sich verhalten muss, denjenigen der absolut passiv die Hände in den Schoss legen soll, während die Mitglieder über das gesellschaftliche Vermögen wie über eignes verfügen, nach Gutdünken den Gang der Geschäfte leiten und auf beliebige Weise den Zweck der Compagnie verfolgen, kurz denjenigen, dem auch ohne besondere Ausschliessung durch Convention, ipso jure jede unmittelbare Einwirkung auf den Geschäftsbetrieb von vorn herein abgeschnitten ist, in

der Art, dass ihm höchstens ein Veto und resp. Klagerecht für Fälle bleibt, wo die Gesellschaft erweislich dem Contracte zuwider handeln sollte.“ Dies Raisonnement scheint ungründlich; denn es lässt die Frage unbeantwortet, warum denn der Commanditist von aller Disposition ausgeschlossen bleiben müsse*). Die Antwort liegt sehr nahe. Sobald der Commanditist Mitdisponent ist, so ist er Mitinhaber des Geschäftes und steht alsdann zu den übrigen Inhabern in dem Verhältnisse der communio. Im entgegengesetzten Falle aber ist ihm das Geschäft fremd, wie wenig oder viel er in dasselbe eingezahlt und in Folge der Resultate, die es giebt, von den Eigenthümern desselben möge zu fordern haben.

Uebrigens spricht Frei (ebendas. S. 381. u. 382.) unter Bezugnahme auf dasjenige, was v. Martens historisch über die société en commandite gesagt hat, sich fast wörtlich wie Bd. II. S. 38. der Verfasser**) dahin aus: dass der Einschiessende nie ein Mitglied der Gesellschaft sei, sondern nur ein Dritter der bei ihr sein Glück versuche.

*) Dass der Code de commerce dies verbietet, ist eine positive, für gemeinrechtliche Betrachtungen nichts entscheidende Vorschrift.

**) Doch möchte dieser historische Momente nicht in der vorliegenden Beziehung für durchgreifende ansehn.

Guss und Druck von Friedrich Nies in Leipzig.

Ueber

Gerichtsgebrauch und über Literatur

des

Römischen Privatrechts

in Beziehung

auf

neuere Bearbeitungen

in

historischen Schule.

von

Dr. Paul Ludolf Kritz,

Königlich Sächsischen Ober-Appellationsrathe.

Leipzig, 1843.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Ueber

Gerichtsgebrauch und über Literatur

des

Römischen Privatrechts

in Beziehung

auf

neuere Behauptungen

der sogenannten

historischen Schule.

Von

Dr. Paul Ludolf Kritz,

Königlich Sächsischem Ober-Appellationsrathe.

Leipzig, 1843.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kritz, Paul Ludolf,

Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben

Bd.: 3

Leipzig (1841)
Decis. 69 h-3/5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396981-8